UNIVERSITÉ DE TOULOUSE — FACULTÉ DE DROIT

ÉTUDE HISTORIQUE

SUR LA

Responsabilité des Fonctionnaires Publics

EN DROIT FRANÇAIS

Depuis 1789

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE PUBLIQUEMENT EN DÉCEMBRE 1901

PAR

Jean DEPAULE

AVOCAT

ANNÉE SCOLAIRE 1901-1902

CARCASSONNE

Imprimerie ANDRÉ GABELLE, Rue Barbès, 5

1902

ÉTUDE HISTORIQUE

SUR LA

Responsabilité des Fonctionnaires Publics

EN DROIT FRANÇAIS

Depuis 1789

UNIVERSITÉ DE TOULOUSE — FACULTÉ DE DROIT

ÉTUDE HISTORIQUE

SUR LA

Responsabilité des Fonctionnaires Publics

EN DROIT FRANÇAIS

Depuis 1789

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE PUBLIQUEMENT EN DÉCEMBRE 1901

PAR

Jean DEPAULE

AVOCAT

ANNÉE SCOLAIRE 1901-1902

CARCASSONNE

Imprimerie ANDRÉ GABELLE, Rue Barbès, 5

1902

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546517_0005

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

MM. DELOUME, ✲, Doyen, professeur de Droit romain.

PAGET, ✲, Doyen honoraire, professeur de Droit romain

CAMPISTRON, professeur de Droit civil.

WALLON, professeur de Droit civil.

BRESSOLLES, professeur de Procédure civile.

VIDAL, professeur de Droit criminel.

HAURIOU, professeur de Droit administratif.

BRISSAUD, professeur d'Histoire générale du Droit.

ROUARD DE CARD, professeur de Droit civil.

MÉRIGNHAC, ✲ professeur de Droit international public et privé.

TIMBAL, professeur de Droit constitutionnel.

DESPIAU, professeur de Législation française des finances et de Législation et Économie industrielles.

HOUQUES-FOURCADE, professeur d'Economie politique.

FRAISSAINGEA, professeur de Droit commercial.

MARIA, agrégé, chargé des Cours d'histoire du Droit public français et histoire des doctrines économiques

GHEUSI, agrégé, chargé des Cours de Droit maritime et de Droit civil comparé.

MESTRE, agrégé des Facultés de Droit, suppléant.

J. DELOUME, Docteur en Droit, suppléant.

HABERT, licencié en Droit, secrétaire des Facultés de Droit et des Lettres.

HUC, ✲, conseiller honoraire à la Cour de Paris, professeur honoraire.

POUBELLE, G. O. ✲, ancien ambassadeur de France, professeur honoraire.

Président de la Thèse : M. HAURIOU.

Suffragants { MM. TIMBAL. MESTRE.

La Faculté n'entend approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat

BIBLIOGRAPHIE

Dalloz. — Jurisprudence Générale.

Id. — Répertoire.

Id. — Codes annotés.

Bulletin de Cassation Criminelle.

Moniteur. — Collection, depuis 1789.

Archives Parlementaires. — Depuis 1789.

Journal Officiel. — Depuis 1870.

Laferrière père. — Traité de droit Administratif.

Batbie. — Droit Public et Administratif.

Dufour. — Droit Administratif.

Laferrière. — Traité de la Juridiction Administrative.

Hauriou. — Précis de droit Administratif (édition 1901).

Jacquelin. — Principes dominants du Contentieux Administratif.

Bavoux. — Des Conflits.

Henrion de Pansey. — L'Autorité Judiciaire en France.

Faustin-Hélie. — Instruction Criminelle.

Dareste. — La Justice Administrative.

Duguit et Monnier. — Les Constitutions et les principales Lois politiques de la France depuis 1789.

De Tocqueville. — L'ancien Régime et la Révolution.

Perreau (thèse). — De la Responsabilité envers les particuliers des Fonctionnaires Administratifs autres que les Ministres (Bordeaux 1894).

Guérin (thèse). — De la Responsabilité des Fonctionnaires en droit français (Paris 1883).

ERRATUM

Page 189, 25me ligne :

Au lieu de : *Distinction entre l'excès de pouvoir et la faute personnelle, etc.*

Lire : *Distinction entre l'*ACTE ADMINISTRATIF *et la faute personnelle, etc.*

AVANT-PROPOS

Par responsabilité des fonctionnaires, on entend celle qui peut, le cas échéant, exposer le citoyen investi d'une fonction administrative ou dépositaire d'une parcelle quelconque de la puissance publique à des poursuites criminelles ou civiles. Cette responsabilité pose la question de savoir si la qualité de délégué de la puissance publique prime ou non, dans le fonctionnaire, celle de simple citoyen, et, par suite, celle de savoir s'il aura ou n'aura pas un privilège de juridiction qui constituera pour lui une *garantie*.

Ce problème de la responsabilité et de la garantie est de nature à se poser dans tous les pays, du moment qu'ils ont une administration un peu développée, et qu'ils sont entrés dans ce qu'on peut appeler la phase administrative de leur histoire. La façon dont il sera résolu dépendra de l'importance politique qu'ils accordent à leur personnel administratif. Il serait certainement intéressant de se livrer, à cet égard, à une étude approfondie de la législation

comparée. (1) Cette étude n'est pas, cependant, celle que nous nous sommes proposé de faire. Il nous a paru qu'il n'existait pas encore de travail suffisamment documenté sur l'histoire de la responsabilité des fonctionnaires dans notre droit français, surtout en ce qui concerne la période révolutionnaire et la première moitié du XIX^e^ siècle ; et c'est cette histoire que nous avons eu l'intention d'écrire, en recourant directement aux textes et aux monuments de la jurisprudence. Encore, dans ces recherches historiques, ne remontons-nous pas au-delà de 1789.

Nous ne traiterons pas ici de la responsabilité des Ministres. Mais, à côté de la garantie des administrateurs, on verra naître et se développer la responsabilité des Magistrats. Les Magistrats sont, en effet, des fonctionnaires. De plus, l'histoire de leur responsabilité constitue comme l'autre face de la question que nous allons traiter. Ils sont membres du pouvoir judiciaire, contre lequel l'Administration s'efforça toujours de protéger ses agents. Il importait donc de se demander dans quelles limites les Magistrats devaient eux-mêmes tenir compte de leurs fautes.

Ce travail comprendra deux parties : la première de 1789 à 1870, époque où la garantie règne ; l'autre de 1870 à nos jours, époque où la question se pose de savoir si on l'a vraiment supprimée.

[1] V. LAFERRIÈRE. — *Traité de la Juridiction administrative*, t. I, p. 26 et suivantes.

Pendant la première période, le mouvement des idées et les textes ou les projets qui en sont le résultat d'une part, et, d'un autre côté, le perfectionnement du système de garantie administrative par la jurisprudence, forment pour ainsi dire deux blocs assez impénétrables l'un pour l'autre. C'est pourquoi nous avons divisé l'étude de cette période en deux sections : 1° les idées et les textes ; 2° la jurisprudence. — Après 1870, au contraire, les idées et les solutions de la jurisprudence nous ayant paru étroitement liées par des rapports de cause à effet, nous les présenterons dans leur ordre chronologique.

PREMIÈRE PARTIE

De 1789 à 1870

Section I

Les idées et les textes

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

Il convient de formuler quelques considérations générales, avant d'aborder en détail les faits et les textes qui constituent l'histoire de notre sujet. Dans ce but, envisageons-les de plusieurs points de vue successifs.

Premier aspect. — Sous l'Ancien Régime, il semble difficile de voir, nettement établies, des règles sur cette matière. M. de Tocqueville, dans son ouvrage *L'Ancien Régime et la Révolution*, essaie de prouver que l'idée de protection spéciale accordée par l'Etat à ses fonctionnaires contre les poursuites de droit commun, a pris naissance bien avant 1789, (1) et cet auteur cite des exemples. Ils ne démontrent qu'une chose : c'est que la question de responsabilité des agents du Gouvernement existait en germe, mais en germe seulement, à la fin de la Monarchie, englobée par celle, plus ample, de la séparation des pouvoirs. Le mot *fonctionnaire* est très peu connu, ou même tout à fait inconnu, dans la première moitié du

[1] Voir page 81 et suivantes.

XVIII[e] siècle et dans une bonne partie de la seconde. Les fonctions publiques sont des offices vénaux ; il y a des officiers, non des fonctionnaires. Ce terme ne figure pas dans la Grande Encyclopédie.

En 1789, la question se présente donc nouvelle avec le régime nouveau. L'équité veut qu'on déclare les fonctionnaires en général responsables des faits commis par eux dans l'exercice de leurs fonctions et passibles de sanctions judiciaires. Mais, en même temps, le principe de séparation des pouvoirs administratif et judiciaire vient d'être proclamé ; il interdit aux tribunaux de connaître des actes d'administration et de citer devant eux les administrateurs, pour faits relatifs à leur fonctions. Il s'ensuit que les Magistrats vont se trouver exclus des règles applicables aux fonctionnaires administratifs.

Pour les uns et les autres, l'idée de *responsabilité* est intimement liée à celle de *responsabilité spéciale*. Celle-ci — au moins en ce qui concerne les agents du Gouvernement proprement dits — engendre à son tour l'idée de *responsabilité restreinte*. Le fonctionnaire administratif n'étant pas toujours libre, ne saurait être responsable dans tous les cas. Toutefois, cette conséquence attendra quelque temps encore sa consécration formelle dans les textes.

Au début de la Révolution, les deux premières idées se dégagent très fortes, sinon très nettes, des discussions de la Constituante. Elles passent dans plusieurs lois principales : loi sur les Municipalités du 14 Décembre 1789 ; loi des 16-24 Août 1790, et Constitution de 1791. Ce dernier texte montre, d'une

façon saisissante, la vérité de notre affirmation. Il pose d'abord en principe (déclaration des droits, art. 15), le droit pour la Société « de demander compte à tout agent public de son administration ». Voilà donc formulée l'idée de *responsabilité en général.* Au Chapitre V du titre III, qui concerne le pouvoir judiciaire, l'art. 3 défend aux tribunaux de citer devant eux les Administrateurs pour raison de leurs fonctions. Cet article a pour conséquence de soustraire le fonctionnaire au droit commun ; il crée donc pour lui une *responsabilité spéciale.* Enfin, l'idée de *responsabilité restreinte* nous semble déjà contenue en germe dans l'art. 17 du même chapitre, qui dispose : « les calomnies volontaires contre la probité des fonctionnaires publics et la droiture de leurs intentions dans l'exercice de leurs fonctions, pourront être poursuivies par ceux qui en sont l'objet ».

Citons encore la loi du 25 Septembre 1791 ; véritable code pénal, elle consacre une de ses sections aux crimes des *fonctionnaires publics dans l'exercice des pouvoirs qui leur sont confiés.* Le terme de *fonctionnaire* entre déjà dans la langue courante.

Il convient de remarquer que les principes posés par la Constituante sont restés, en quelque sorte, immuables jusqu'à l'an VIII, époque à laquelle ils passèrent véritablement dans la pratique, sous forme d'institution établie. Toutes les constitutions républicaines, appliquées ou non, depuis 1791 jusqu'à la période consulaire, reconnaissent, dans la déclaration des droits de l'homme qui les précède, la nécessité d'assurer la

responsabilité de tous les fonctionnaires ; elles y voient une des conditions essentielles de garantie sociale. Le projet de Constitution Girondine, qui ne fut pas voté, la Constitution de 1793 elle-même, qui, votée, ne fut jamais mise en vigueur, et qui, pourtant, contraste avec les autres, consacrent ces principes. La législation de l'an III les maintient énergiquement. En l'an IV paraît un code des délits et des peines, où — grand progrès réalisé sur la loi du 25 Septembre 1791 — certains articles tentent de définir la forfaiture, et limitent ses cas aux crimes commis par les Magistrats de l'ordre judiciaire. Mais la confusion règne encore ; les dispositions législatives sont vagues ou incomplètes. Jusqu'à l'an VIII, la garantie des administrateurs, établie par les lois de 1790 et de l'an III ainsi que par les diverses Constitutions, n'est qu'une application du principe général de séparation des pouvoirs que ces mêmes lois proclament. Les règles de compétence interdisent aux tribunaux de connaître des actes d'administration et de citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. Si les tribunaux se déclarent compétents malgré la loi, l'administration évoque alors l'affaire devant elle ; et cette évocation, encore que mal réglementée, présente déjà les caractères du conflit d'attributions.

Puis, la Constitution consulaire de l'an VIII vient donner à l'idée de responsabilité spéciale et restreinte des administrateurs, c'est-à-dire à l'idée de garantie, une forme particulière et durable. Désormais, aucune poursuite judiciaire ne pourra s'exercer contre un

agent du Gouvernement, sans avoir été autorisée par le Conseil d'Etat. Ainsi dispose l'art. 75. La responsabilité des fonctionnaires administratifs se trouve donc restreinte. Il existe maintenant pour une *garantie*. Mais remarquons, en même temps, que l'art. 75 détache la responsabilité des fonctionnaires du principe général de séparation des pouvoirs qui la régissait jusqu'alors. Ses dispositions s'inspirent toujours évidemment de ce principe ; mais elles font de la garantie une institution séparée, régie par une procédure particulière et différente de celle du conflit. La garantie générale des lois de 1790 et de l'an III ne cessera pas, pour cela, de s'appliquer à la plupart des litiges offrant un caractère à la fois administratif et judiciaire. Mais pour la responsabilité des fonctionnaires spécialement, c'est à l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII qu'on aura recours. Il y aura donc, à proprement parler, deux garanties ; et, pour employer des termes juridiques encore inusités à cette époque, mais dont on se servira souvent après 1870, nous appellerons *réelle* celle des lois générales de la Révolution, et au contraire garantie *personnelle* celle résultant du système de l'an VIII.

Ce sont là deux idées fondamentales qu'il importe de retenir. Nous les retrouverons plus tard.

Puis vient la législation Napoléonienne. Complétant l'œuvre entreprise par la loi du 25 Septembre 1791 et le Code des délits de l'an IV, les Codes Pénal et d'Instruction Criminelle édictent des peines, avec la procédure à suivre, contre les fonctionnaires traduits valablement devant les Tribunaux. Le Code

d'Instruction Criminelle et celui de Procédure Civile règlent définitivement la responsabilité des juges. Le Code Civil, enfin, prévoit les réparations de droit commun dues par l'auteur d'un préjudice à la victime.

Deuxième aspect. — De ce qui précède, on peut conclure que les deux idées de responsabilité pour tous les fonctionnaires en général, et de garantie pour les seuls administrateurs, n'ont pris corps que lentement. Comme toutes les institutions en voie de formation, c'est sans ordre et dans une certaine incohérence que celles-la se sont affirmées peu à peu, jusqu'à leur forme dernière. Ainsi s'explique la diversité des textes que nous aurons à passer en revue. Nous y verrons des lois administratives, des lois constitutionnelles, de droit privé, des articles de code. Dans une première période, les dispositions qui, par leur nature, appartiennent au droit public, règleront — en les distinguant déjà, il est vrai — et la responsabilité des administrateurs et celle des juges, au point de vue général et constitutionnel. Les autres édicteront des sanctions contre ces divers agents, pour être mises en vigueur une fois les lois générales appliquées et les tribunaux régulièrement saisis. Mais les deux ordres de fonctionnaires, administrateurs et juges, ne seront vraiment distincts qu'à la période suivante, avec la législation impériale. *Les agents administratifs* bénéficieront d'une *garantie purement administrative*, grâce au système de l'an VIII. *Les membres des tribunaux* seront protégés par un ensemble de *règles exclusivement judiciaires*. Ainsi,

la séparation des pouvoirs recevra-t-elle une consécration de plus. Et l'on verra que, d'abord constitutionnelle avec celle des agents ordinaires, la responsabilité des magistrats perd enfin ce caractère, tandis que l'autre le conserve. La question, pour les administrateurs, restant de droit public, soulèvera dans l'histoire des discussions passionnées. Au contraire, le courant d'idées, relatif aux tribunaux, d'abord agité, viendra se figer dans les Codes. On n'en parlera que rarement désormais.

Troisième aspect. — Ce n'est pas tout. Au cours du XIX^e^ siècle, notamment dans la première moitié, la garantie administrative est impopulaire à des degrés divers. A l'époque de la Restauration, sous la Monarchie de Juillet, même sous le second Empire, les représentants de l'opinion libérale réclamèrent souvent l'abrogation de l'art. 75, rejeton vigoureux d'un arbre depuis longtemps abattu ; et l'un des premiers soins du Gouvernement de la Défense Nationale fut de le rayer du nombre des lois existantes. On remarquera, dans le même ordre d'idées, que, pendant la lutte — le mot est peut-être trop fort — du pouvoir politique contre le pouvoir judiciaire, lutte dont la responsabilité des fonctionnaires provoqua les principaux épisodes, le pouvoir judiciaire fut, à l'origine, mais à l'origine seulement, c'est-à-dire pendant la Révolution, considéré comme dangereux pour le Gouvernement et la liberté. A la fin du régime Napoléonien, au contraire, un revirement se produit. La matière est restée la même. Seuls, les

adversaires ont changé de camp. Les arguments jadis mis au service de la cause libérale se retournent contre ceux qui les invoquaient. Et loin de soupçonner le pouvoir judiciaire, comme autrefois, c'est, maintenant, vers lui que les vieux partisans de la liberté portent leurs regards comme vers un sauveur.

Les tendances jumelles que nous venons d'indiquer demandent une explication. On la trouve, croyons-nous, dans le domaine des faits et dans le déplacement des idées qui en est la conséquence.

A). De 1789 à l'an VIII, c'est-à-dire à l'avènement de l'Empire, quel but poursuivent en général les législateurs et les publicistes ? Faire grandir l'individu au sein du corps social, donner le maximum possible de *liberté individuelle*. D'autre part, le souvenir des anciens Parlements et de leur puissance sous le régime tombé demeure vivace. On les considère, ces Parlements royaux — et c'est là un point d'importance capitale — comme adversaires irréductibles de la liberté des citoyens, et capables de lutter, seuls, contre les autres pouvoirs de l'Etat. La monarchie se meurt, ou même elle est morte. Dans la pensée des hommes de l'époque, autant l'ancien ordre politique s'est montré dur à la liberté humaine, autant le nouveau lui doit de protection, de sollicitude. La liberté et lui ne font qu'un ; celle-là n'est que la conséquence attendue, la raison d'exister de celui-ci. Et pour les garantir tous deux, que faut-il ? Il faut veiller à ce que le nouveau pouvoir judiciaire, à la différence des Parlements, voie ses attributions enfermées dans d'étroites et infranchissables limites.

Contre les entreprises possibles des tribunaux, on protège le pouvoir politique, c'est-à-dire, par conséquence naturelle, la liberté des citoyens ; et, du pouvoir politique lui-même, on passe à tous ceux qui sont ses mandataires, ses représentants officiels. C'est encore défendre la liberté que de prendre fait et cause pour ses agents. Dans ces quelques années, l'idée de responsabilité spéciale aux fonctionnaires apparaît donc comme partie intégrante du programme libéral. — Mais attendons l'an VIII et le 18 Brumaire. Que se passe-t-il ? C'est que, par une transition assez brusque, au Gouvernement de la nation par elle-même succède, en fait d'abord, en droit ensuite, le Gouvernement d'un seul. Le pouvoir politique, réalisation constitutionnelle des libertés depuis le commencement de la Révolution, devient un instrument *d'autorité* aux mains du Premier Consul, plus tard l'Empereur. Les principes généraux de droit public ne changent pas, ou changent fort peu. Il s'opère une simple substitution, celle d'un homme au pays tout entier. La garantie des fonctionnaires, devenue, avec le pouvoir dont elle doit sauvegarder les prérogatives, un moyen d'autorité au service du Gouvernement de Napoléon, passera bientôt pour une règle antilibérale.

B). Mais le revirement d'opinion qui vient d'être signalé nous paraît tenir encore à une autre cause, aussi profonde que la précédente. Sous la Constituante, nous l'avons déjà dit, la plupart des lois relatives à la compétence des tribunaux ordinaires, inspirées surtout par la crainte de voir renaître les

abus des anciens Parlements, avaient pour but de défendre le pouvoir politique contre le pouvoir judiciaire, plutôt que de prévenir leurs empiètements réciproques. Envisagées à ce point de vue, ces dispositions présentent, à quelque degré, le caractère purement circonstanciel des mesures de combat. La Constituante avait donc peut-être dépassé son but en les édictant. Cela est si vrai que, pendant la Révolution même, peu de temps après l'affirmation générale de ces principes dans les textes, une suite d'évènements terribles ayant montré d'une façon saisissante les dangers d'une protection trop exclusive du pouvoir politique, après la Terreur, en un mot, on aperçut bien vite l'insuffisance des garanties de liberté. Avait-on tant à redouter les tribunaux et ne convenait-il pas de reconnaître que l'époque des Parlements était passée ? Cet état des esprits se traduisit alors par des dispositions législatives nouvelles, assez timides, à la vérité. Mais, tout en conservant les principes et les idées de l'Assemblée Constituante, on mit à profit les leçons de l'histoire, on combla quelques lacunes. Malheureusement, ce zèle fut de courte durée. De plus en plus les tribunaux du nouveau régime se montrèrent respectueux des formes légales ; mais les lois relatives à la séparation des pouvoirs et à la garantie restèrent en vigueur, malgré la disparition des circonstances qui les avaient fait naître. Les tribunaux, traités en ennemis par l'Administration, qui devenait tous les jours plus autoritaire, apparurent donc peu à peu comme les gardiens de la liberté contre le pouvoir politique qui l'étouffait.

La bataille se livra souvent sur le terrain de la responsabilité des fonctionnaires.

Résumons les deux derniers développements. D'une part, donc, la protection des fonctionnaires créée par la Révolution au nom de la liberté, se change en instrument d'autorité par suite d'évènements politiques. D'autre part, les motifs que l'on pouvait avoir, au début de la période Révolutionnaire, d'édicter au profit de l'Administration des mesures de défense contre les tribunaux, disparaissent ; mais ces mesures survivent. Pour ces deux motifs, la garantie perd sa popularité, mais, inversement, les tribunaux deviennent sympathiques à l'opinion.

Et c'est ainsi que, pendant la Restauration, les adversaires du régime monarchique demanderont le retour au droit commun, c'est-à-dire à la compétence exclusive des tribunaux. De même, on pourra voir inscrite dans la Charte de 1830 la promesse d'une loi spéciale sur la responsabilité des agents du pouvoir. Une autre conséquence sera encore le fameux projet déposé à la Chambre en 1832, et sa longue discussion qui n'aboutit d'ailleurs qu'au maintien des anciens textes Plus tard, et pour donner un gage sérieux de libéralisme au parti qu'il représente, le Gouvernement de la Défense Nationale s'empressera, à peine installé, d'abroger cette législation qu'il juge vieillie, indigne à tous égards des idées nouvelles et de lui-même.

Quatrième aspect. — Notons enfin qu'au début l'hypothèse pratique des poursuites contre les fonc-

tionnaires, c'est la poursuite criminelle, la poursuite d'office par le ministère public, et que la liberté qui préoccupe c'est celle du fonctionnaire. Plus tard, l'hypothèse pratique, c'est au contraire la poursuite correctionnelle ou civile intentée par un particulier; ce qui préoccupera le législateur, ce sera alors la liberté de poursuivre chez ce particulier. On pourra se rendre compte au cours de cette étude, que, dès 1830, non seulement la question se posera de savoir si l'art. 75 est applicable aux poursuites civiles, mais aussi qu'une large place sera faite à l'action civile dans tous les projets réformateurs de cet article que nous examinerons. D'ailleurs, le point de vue d'où nous venons, en dernier lieu, d'envisager notre matière, n'est qu'une conséquence du point de vue immédiatement précédent.

Abordons maintenant les faits dont nous avons tiré les considérations qu'on vient de lire.

CHAPITRE PREMIER

De 1789 à 1793 et à l'An III

1° **De 1789 à 1793.** — La Constituante s'occupe surtout à bien délimiter la compétence des tribunaux dans les affaires où l'Administration est engagée, et dans l'intérêt à peu près exclusif de cette dernière. — Discussion de la loi du 14 décembre 1789 sur les municipalités. Système proposé par le Comité de Constitution. Sa modification. Importance du nouveau texte. Il parle du délit d'administration. — Décret du 22 Décembre 1789. — Loi des 16-24 Août 1790. Décret du 7 Octobre suivant. Importance de ces textes. Ils proclament la séparation des pouvoirs au profit de l'Administration, et, par voie de conséquence expresse, le principe de garantie des administrateurs. Constitution du 3 Septembre 1791. — Loi du 25 Septembre 1791 ; en même temps que s'affirme le principe de garantie, cette loi édicte des peines contre les crimes des fonctionnaires. — Organisation, parallèlement à la responsabilité des administrateurs, d'une responsabilité des magistrats. Loi du 27 novembre 1790 sur le Tribunal de Cassation : prise à partie. — Constitution du 3 Septembre 1791 (Art. 27, Titre 3) : les actes des juges sont déférés au Tribunal de Cassation; au cas de forfaiture, le Corps législatif prononce l'accusation : c'est une garantie de plus donnée au pouvoir politique.

2° **De 1793 à l'an III.** — Projet de Constitution Girondine. Il reste fidèle aux princpes de la Constituante. Il tente d'organiser pratiquement la garantie des administrateurs. Mais il confond encore l'Administration et la Justice administrative. Il s'occupe aussi de la responsabilité des magistrats. — Création de Censeurs Judiciaires. Le projet Girondin renchérit à ce point de vue sur les lois de la Constituante. — Constitution du 21 Juin 1793. Son imprécision en matière de responsabilité des Fonctionnaires. Opinion de Cambacérès.

1° **De 1789 à 1793.** — Pendant cette première période, le souci principal de l'Assemblée Constituante consiste surtout à bien délimiter le domaine de compétence des tribunaux, dans les affaires où l'Administration peut avoir des intérêts engagés. C'est là sa préoccupation dominante. De cette question générale dépend celle de responsabilité pour les agents du pouvoir. La discussion de la loi sur les municipalités la mit pour la première fois à l'ordre du jour.

Le 1er Décembre 1789, le comité de constitution, par l'organe du député Target, vint proposer à l'Assemblée, dans ce but, un système dont voici les plus importantes dispositions. (1) On reconnaissait d'abord à tout citoyen le droit de se plaindre, personnellement, contre les actes des corps municipaux qui lui causeraient un préjudice. En ce cas, le

[1] *Archives Parlementaires.* T. 10, p. 344 et suivantes, 355 et suivantes.

plaignant devait exposer ses griefs au Directoire de département, c'est-à-dire aux représentants du pouvoir central. Le Directoire prenait alors l'avis de l'Assemblée de district — nous dirions aujourd'hui du Conseil d'arrondissement — qui procédait à la vérification des faits allégués. Le Directoire de département prononçait en fin de compte.

On voit ici, déjà, la tendance bien marquée de protéger par tous les moyens possibles ce qui est une émanation du pouvoir, sans pour cela sacrifier au bien public le droit individuel de chacun. A la Constituante, la discussion sur ce projet (art. 50) ne fut pas longue, tout le monde, ou à peu près, se trouvant d'accord pour consacrer les mêmes principes. Mais la suite donna lieu à de fort longs débats. Le comité de constitution prévoyait maintenant le cas d'un citoyen formulant une plainte contre les officiers municipaux, non plus à raison d'un préjudice souffert par lui seul, mais à raison du crime de malversations dans le maniement des deniers communaux, de trafic des intérêts à eux confiés, en un mot pour trahison dans l'exercice de leur mandat. Le Comité ne reconnaissait plus à une personne isolée le droit qu'il lui accordait dans le cas précédent. La plainte, pour produire un effet utile, devait être signée de cent citoyens actifs au moins, et présentée ensuite à l'Administration départementale. Celle-ci, après avoir fait vérifier le mémoire de dénonciation par l'Assemblée de district, renvoyait, s'il y avait lieu, la poursuite devant les tribunaux compétents. Le projet donnait, de plus, à l'Adminis-

tration départementale la faculté de suspendre de leurs fonctions les officiers prévenus, à titre de mesure provisoire, et selon la gravité des cas (art. 51).

Ce projet fut mal accueilli par l'Assemblée. L'accord se faisait bien sur le principe de la garantie administrative, qui rendait obligatoire l'examen préalable de la dénonciation par les représentants du pouvoir politique, avant d'en référer aux tribunaux. Mais un grand nombre de députés, parmi lesquels Mirabeau, combattaient la nécessité des cent citoyens signataires. « Ce serait, disait le tribun, un véritable vice constitutionnel que d'exiger la réunion d'un nombre déterminé de citoyens actifs pour faire cette dénonciation ; cette condition serait pour les officiers municipaux une sauvegarde certaine et un brevet d'impunité. » Il demandait ensuite que la rédaction fût ajournée et il ajoutait : « Tout citoyen a droit de dénoncer un crime public. Voilà le principe que toutes les puissances de la terre n'anéantiront pas. Nous ne pouvons empêcher d'exercer ce droit, je dirai même ce devoir. »

Après délibération, l'Assemblée décréta successivement les principes suivants :

1° *La dénonciation des délits d'administration sera portée par devant le directoire du département, avant que de l'être devant les tribunaux.* L'idée de garantie ne donnait pas, comme on le voit, matière à controverses.

2° *Un seul citoyen actif pourra dénoncer un délit d'administration.*

Le comité, s'inspirant de ce vote, modifia le projet, et proposa, le lendemain 2 Décembre, le texte suivant, conforme aux vœux exprimés la veille. « Tout citoyen actif de la communauté peut signer et présenter, contre les officiers municipaux, la dénonciation des délits d'administration dont il prétendra qu'ils se sont rendus coupables ; mais, avant de porter cette dénonciation devant les tribunaux, il sera tenu de la soumettre à l'Administration ou au Directoire du département, qui, après en avoir pris l'avis de l'Administration ou Directoire de district, renverra, s'il y a lieu, la dénonciation aux juges qui doivent en connaître. »

Cette rédaction, adoptée sans débat, devint l'art. 61 du décret du 14 Décembre 1789. Décret d'une grande importance, car c'est en lui qu'il faut voir le texte fondamental en notre matière. Il parle des délits d'administration, de ces infractions qu'on essaiera longtemps de faire entrer dans l'acception du mot forfaiture, sans jamais d'ailleurs donner une bonne définition de ce terme pompeux. Il pose enfin le principe de responsabilité spéciale pour toute une catégorie d'agents, et limite, au profit du pouvoir politique, la compétence des tribunaux.

Nous allons maintenant trouver sur notre route une série de lois dans lesquelles ces idées s'affirmeront toujours plus fortes. La plupart consacrent la séparation des pouvoirs et plusieurs, défendant d'une façon formelle aux magistrats judiciaires de connaître des fautes commises par les administrateurs, posent implicitement le principe de garantie. Tout d'abord,

le décret du 22 Décembre 1789, qui suit de près la loi des municipalités, décide que *les administrations de département au de district ne pourront être troublées dans l'exercice de leurs fonctions administratives par aucun acte de pouvoir judiciaire.*

Mais voici un texte de la plus haute importance, adopté par la Constituante sans la moindre objection, à la seule lecture du rapporteur Thouret. C'est, dans la loi des 16-24 Août 1790, l'article 13 du titre 2. Il décide que *les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives.* Puis il ajoute : *les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.* Cette disposition vaut qu'on l'examine de près. Elle proclame d'abord la séparation des pouvoirs judiciaire et administratif ; puis, immédiatement après, comme par une conséquence du principe établi, elle défend aux juges de troubler les corps administratifs, et, par là, elle marque bien son intention de protéger surtout l'Administration contre les empiètements possibles de la justice ; c'est une des premières manifestations de l'esprit de méfiance à l'égard des tribunaux, qui anime les législateurs de l'époque révolutionnaire. Enfin, nouvelle conséquence du principe, elle défend aux juges de citer devant eux les administrateurs pour faits relatifs à leurs fonctions ; cela équivant bien à dire : le Gouvernement se réserve le droit d'examiner tous les faits commis par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions,

avant que d'en abandonner la poursuite aux tribunaux ordinaires. Cette partie du texte contient donc, en substance, le principe même de la garantie, conséquence obligée de la séparation des pouvoirs telle que la Révolution l'entendait. Pourtant, la loi ne veut pas enlever tout à fait la compétence aux tribunaux. La preuve en est dans le décret du 7 Octobre 1790, qui renouvelle la défense, mais avec cette restriction : *à moins que l'administrateur n'ait été renvoyé devant ces tribunaux par l'autorité supérieure, conformément aux lois.* L'autorité supérieure pourra donc, si elle juge qu'il n'y a pas lieu de protéger l'administrateur poursuivi, le renvoyer devant les tribunaux de droit commun.

Toutes les fois qu'un fonctionnaire sera cité en justice pour fait relatif à ses fonctions, une question préjudicielle de compétence se posera donc, en vertu des textes combinés des 16-24 Août et 7 Octobre 1790. Ainsi se trouvent déjà remplies les conditions du conflit d'attribution. Mais à quel pouvoir confier le soin de trancher ces conflits ? Pas au pouvoir judiciaire assurément ; ce serait lui fournir contre son rival une arme redoutable. Le même décret du 7 Octobre 1790 décide, en conséquence, qu'il n'appartiendra pas aux juges ordinaires de résoudre les questions de compétence entre eux et l'Administration. Et c'est là le fondement de l'institution moderne du conflit.

Les deux textes fondamentaux que nous venons d'analyser trouvent leur consécration constitutionnelle dans la Constitution du 3 Septembre 1791. A vrai

dire, pour sacrifier au principe intégral de séparation des pouvoirs, elle fait défense aux administrateurs eux-mêmes de rien entreprendre sur l'ordre judiciaire, (titre 3, chap. 4 — sect. 2, art. 3). Mais c'est là une disposition isolée, placée dans la Constitution comme une formule de style. Tel n'est pas, au contraire, le caractère des prohibitions faites aux tribunaux. Leur répétition même, au fur et à mesure qu'une loi nouvelle paraît, donne la preuve d'une insistance significative. Malgré les lois précédemment édictées, la Constitution de 1791, au chapitre du pouvoir judiciaire (titre 3, chap. 5, art. 3), redit encore et comme à satiété, que les tribunaux « ne peuvent ni entreprendre sur les fonctions administratives, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. »

Deux ans se sont écoulés depuis le commencement de la Révolution Française. Le pays est maintenant pourvu d'un gouvernement qui paraît stable, d'une Constitution longuement étudiée. Mais l'idée de responsabilité spéciale pour les administrateurs, consacrée par les lois, demeure pourtant vague et flottante. Il s'agira maintenant d'en organiser l'application pratique.

Quelques jours après la Constitution, le 25 Septembre, paraît une loi pénale. (1) Elle réserve sa section 5 aux *crimes commis par les fonctionnaires publics dans l'exercice des pouvoirs qui leur sont confiés*. Notre Code Pénal s'en inspirera, plus tard,

(1) Dalloz. — Répertoire. — Lois codifiées. — T. 30, p. 236.

dans les art. 166 et suivants, relatifs aux infractions qualifiées aujourd'hui forfaiture. La nomenclature en est à peu près la même dans les deux recueils. Elle prévoit, notamment, la soustraction de titres ou actes par ceux qui en sont les dépositaires, la concussion, la corruption, l'abus d'autorité contre la chose publique, etc ... Mais la loi du 25 Septembre 1791, en punissant tous ces crimes, envisage seulement le préjudice qu'ils entraînent pour la Société et l'intérêt que celle-ci peut avoir à leur répression. En d'autres termes, elle n'a en vue que la criminalité des agents, sans vouloir le moins du monde les soustraire au droit commun, à raison de leur qualité.

Voilà donc l'état de la question, pour ce qui concerne les fonctionnaires de l'ordre administratif depuis 1789. Nous devons maintenant examiner s'il en est de même des magistrats de l'ordre judiciaire.

Le premier texte important qui s'offre à nous est la loi du 27 Novembre 1790 sur le Tribunal de Cassation. « Les fonctions de ce Tribunal seront, dit-elle, de prononcer sur.... les demandes de prise à partie contre un Tribunal entier ». (art. 2) (1) Par là se manifeste une préoccupation nouvelle des législateurs. Séparer les pouvoirs dans l'Etat, donner aux citoyens le droit de réclamation contre certains agents, garantir d'autre part les fonctions menacées par l'abus de ce droit, cela ne suffit pas à l'Assemblée. La Constituante, toujours gardienne de la

[1] V. Dalloz. — Rép. T. 7. — V° Cassation.

liberté individuelle, ne se contente pas de protéger le pouvoir envers la magistrature, elle veut donner une arme aux simples citoyens contre ses décisions. Telle est l'origine des art. 505 et suivants dans notre Code de Procédure Civile.

Enfin, la loi constitutionnelle de 1791, elle-même, contient, sous l'article XXVII du titre III, des dispotions qui demandent une étude plus attentive. Les voici ; « Le Ministre de la Justice dénoncera au Tribunal de Cassation, par la voie du commissaire du roi, et sans préjudice du droit des parties intéressées, les actes par lesquels les juges auraient excédé les bornes de leur pouvoir.

Le Tribunal les annulera, et, s'ils donnent lieu à la forfaiture, le fait sera dénoncé au Corps législatif qui rendra le décret d'accusation, s'il y a lieu, et renverra les prévenus devant la Haute-Cour Nationale. »

L'article 27 distingue donc deux cas : 1° celui où les actes dénoncés par le Ministre de la Justice au Tribunal Suprême ont excédé, sans plus, les bornes du pouvoir conféré au magistrat. Le Tribunal de Cassation doit alors simplement annuler ces actes ; et cette annulation laisse intact le droit des parties intéressées contre le juge.

2° Le cas ou les actes, en plus de l'excès de pouvoir et du préjudice causé aux parties, entraînent forfaiture.

Cette circonstance aggrave singulièrement l'accusation. Que faut-il entendre par le mot *forfaiture?* Nous avons déjà dit combien peu nette est la défini-

tion, même de nos jours. Elle l'était moins encore à l'époque où parut ce texte. Néanmoins, si l'on se reporte au Code des délits et des peines de l'an IV, qui, lui, borne la forfaiture aux seuls crimes des magistrats, on constate que ce terme désigne surtout la violation des lois constitutionnelles. D'après les lois déjà vues de 1790, notamment celle des 16-24 Août, la forfaiture consiste pour les juges à troubler, *de quelque manière que ce soit*, les corps administratifs, ou *citer devant eux les administrateurs* pour raison de leurs fonctions. Lors donc qu'il y aura forfaiture, c'est-à-dire violation des lois constitutionnelles ou du principe de la séparation des pouvoirs, l'acte sera, après annulation par le Tribunal de Cassation, dénoncé au Corps législatif. Cette Assemblée examinera le fait incriminé et, s'il y a lieu, renverra les prévenus devant la Haute-Cour Nationale.

Pourquoi cette différence de traitement ?

C'est que la puissance politique est en jeu. Et, tout de suite, on voit réapparaître l'idée, très nette cette fois, de *responsabilité spéciale*. Le Tribunal de Cassation, pour les magistrats, c'est encore le droit commun, la juridiction ordinaire. Aussi, la Constituante décide-t-elle, au cas de forfaiture, de traduire les juges coupables devant un Tribunal *d'exception*. On peut voir dans l'art. 27, l'édiction d'une véritable garantie, comme dans la loi des municipalités et celles de 1790. Seulement, en ce qui concerne les juges, cette garantie ne protège pas l'agent en même temps que le pouvoir politique contre l'intrusion d un

pouvoir ennemi ; non, elle est plutôt dirigée contre le fonctionnaire, au profit du seul pouvoir politique. Mais elle n'en est pas moins une garantie, créant elle-même une responsabilité spéciale.

2° **De 1793 à l'an III.** — Avant d'aborder l'examen de la Constitution de 1793, nous devons nous arrêter un moment sur un projet de Constitution Girondine, (1) élaboré la même année, mais dont, seule, la Déclaration préliminaire des Droits de l'homme fut votée par la Convention. Rien, dans ce texte, ne prouve que les Girondins, membres de la commission chargée de préparer le projet, aient voulu rompre avec les idées de la Constituante sur la séparation des pouvoirs. Bien au contraire, au titre X (sect. 1. art. 6), nous retrouvons, en des termes presque identiques, les défenses aux tribunaux formulées dans les lois de 1790 et 1791. Le titre VIII (art. 33) consacre pour les citoyens « le droit de provoquer la mise en jugement des fonctionnaires publics, en cas d'abus de pouvoir et de violation de la loi. » En un mot, toutes les dispositions de la Constitution précédente sont reproduites dans le projet. Mais, tandis que les lois de la période écoulée se contentaient d'affirmer la séparation des pouvoirs et la protection particulière qu'elles accordaient aux fonctionnaires, le texte Girondin, dans une disposition spéciale,

[1] Duguit et Monnier. — Les Constitutions et principales lois politiques de la France, depuis 1789 [Paris 1898].

réalise, presque d'un coup, l'institution pratique de cette protection. L'art. 22 du titre V, relatif aux corps administratifs, s'inspirant de la loi sur les municipalités de 1789, mais étendant son système à tous les administrateurs de département et aux membres des administrations inférieures, organisait une véritable garantie, sept ans avant le Consulat. Cet article subordonnait la poursuite de tous ces fonctionnaires devant les tribunaux à la décision du Directoire de département pour ceux qui se trouvaient sous sa dépendance, et à la décision du Conseil national exécutif pour les membres de l'Administration de département, sauf le recours, dans tous les cas, au Corps législatif. Ce recours suprême mis à part, le système offre une grande analogie avec celui de l'an VIII. Mais — chose digne de remarque, et qui peut expliquer les imperfections pratiques du système qu'on cherche à établir depuis 1789 — dans le projet de Constitution Girondine comme dans les lois précédentes, le législateur confond encore l'Administration et la Justice administrative. Il ne s'aperçoit pas que, voulant soustraire aux tribunaux la connaissance de certains litiges, il ne peut à bon droit confier à l'Administration active le soin de se juger elle-même, et qu'il faut à tout prix créer dans ce but une autorité spéciale, à côté et en dehors d'elle.

En ce qui concerne la responsabilité des juges, le projet Girondin s'écarte peu du système établi en 1790 et 1791. Comme dans la Constitution précédente, les magistrats sont responsables des actes par lesquels ils auraient excédé les bornes de leurs pouvoirs, et,

en cas de forfaiture, sont mis en accusation par le Corps législatif. Comme d'après la loi de 1790, les tribunaux peuvent être pris à partie. Mais tandis qu'à l'époque antérieure l'autorité suprême appartenait en ces matières au Tribunal de Cassation, le projet Girondin institue des *Censeurs Judiciaires* pour en tenir lieu (titre X, section IV). Ces magistrats, nommés pour deux ans par les Assemblées primaires, ne doivent point connaître du fond des procès. De cette institution nous ne retiendrons qu'une idée : c'est qu'en matière judiciaire, comme en matière administrative, les principes de la Constituante restent debout dans le projet Girondin. La sollicitude du législateur se manifeste de plus en plus pour les fonctionnaires ordinaires ; elle se double, comme au début de la Révolution, d'une méfiance indéniable à l'égard des tribunaux. Ces compagnies rappellent encore, malgré tout, la justice d'ancien régime ; et les Girondins, ne pouvant supprimer absolument la chose, changent au moins le nom quand ils le croient possible ; ainsi le Tribunal de Cassation fait place aux Censeurs Judiciaires.

Ce projet de Constitution, vivement combattu par la Montagne, et présenté au début de la Terreur, fut étouffé. Peu de temps après ses principaux soutiens montaient sur l'échafaud.

Quant à l'acte constitutionnel du 21 Juin 1793, il fausse, en l'exagérant, le principe de protection du pouvoir politique, et donne au gouvernement des prérogatives menaçantes. Sous la Constituante, l'esprit de méfiance qui animait l'Assemblée, à l'endroit du

pouvoir judiciaire, n'allait pas jusqu'à fermer les yeux des représentants sur la nécessité de celui-ci ; et le principe de la séparation des pouvoirs était plus qu'une affirmation oratoire. Avec la constitution nouvelle, rien de semblable. De la justice, il est fort peu question. Nous touchons presque, et d'un seul coup, au système bien postérieur de l'autorisation préalable, mais sans autre garantie de liberté que le bon plaisir gouvernemental.

L'art. 74 s'exprime ainsi : « Le Conseil exécutif est tenu de dénoncer les agents de l'administration générale de la République, s'il y a lieu, devant les autorités judiciaires. » Ces termes vagues, qui semblent pourtant établir un principe de responsabilité, laissent, comme on voit, la poursuite à la discrétion absolue, trop absolue, du Conseil exécutif. Dans le débat préalable qui eut lieu le 17 Juin à la Convention, plusieurs orateurs combattirent le projet. Cambacérès, avec raison, le trouva dangereux. Il fit, en outre, judicieusement observer « qu'il eût fallu peut-être organiser une *administration secondaire* indépendante du Conseil. » Ces paroles sont à retenir. En formant le vœu d'une justice administrative organisée, elles font déjà prévoir le système de l'an VIII. Cette administration secondaire, indépendante du pouvoir exécutif, prendra dans quelques années le nom de Conseil d'Etat.

Tel est, depuis 1789, l'état de la législation. Résumons-le brièvement. Le premier texte où s'affirme l'idée de garantie est la loi du 14 Décembre 1789 sur les municipalités. L'année d'après, en proclamant la

séparation des pouvoirs, on érige l'idée en principe (loi des 16-24 Août 1790 ; décret du 7 Octobre suivant) ; mais, ces précautions une fois prises contre les écarts possibles de la magistrature, rien n'est encore fait pour instituer pratiquement le principe posé. La Constitution de 1791 ne comble pas davantage cette lacune ; elle se contente, toujours animée par le même esprit soupçonneux, de préciser certains points sur la responsabilité des juges. Le projet girondin contient, à vrai dire, un système assez pratique de garantie, mais il laisse à l'Administration le soin de se juger elle-même ; et l'acte constitutionnel de 1793 accentue encore la confusion.

CHAPITRE II

De l'an III à l'an VIII

Tentatives d'application pratique des idées de la Constituante. Tâtonnements des législateurs. Opinion de Boissy-d'Anglas à la Convention sur la mise en accusation des personnes poursuivies pour « crimes d'Etat » et sur la responsabilité des « premiers fonctionnaires publics ». Exposé à la Convention d'un projet de Siéyès sur le Jury Constitutionnaire; ce jury serait appelé à recevoir les réclamations des citoyens contre les actes des agents du pouvoir en général. Echec du projet. — Constitution du 5 Fructidor an III. Elle confirme les principes de la Constituante. Décret du 16 Fructidor an III. Méfiance persistante envers le pouvoir judiciaire. — Responsabilité des magistrats : Constitution du 5 Fructidor an III; dispositions de l'art. 264. Commencement de protection du pouvoir judiciaire contre le pouvoir politique. Il semble que le législateur ait déjà un sentiment plus précis du véritable équilibre. — Code des délits et des peines de l'an IV; il limite les cas de forfaiture aux crimes des magistrats.

La période dont nous allons examiner les lois est bien une période transitoire. Au lendemain des excès du Comité de Salut Public, les esprits, terrorisés, déçus dans la plupart de leurs espérances, se demandent s'il faut croire ou douter. Les principes les plus

sacrés de libéralisme ils les ont vus foulés aux pieds. Les grandes figures de la Révolution ont disparu, brusquement retranchées de la vie quotidienne par le couperet de la guillotine. Beaucoup d'hommes font un retour sur le passé, comprenant qu'il faut, à tout prix, refondre, pour éviter de nouveaux troubles, l'appareil des lois politiques, dont on peut mesurer maintenant les imperfections. On n'abandonne certes pas les idées généreuses de la Constituante, mais on s'étudie à les mieux garantir. Les projets les plus inattendus surgissent. On tâtonne. Et par là s'expliquent les hésitations, peut-être plus apparentes que réelles, les formules affirmatives et restrictives à la fois, qui marquent les travaux préparatoires de la nouvelle Constitution et des lois qui l'accompagnent.

Le 5 Messidor an III, Boissy-d'Anglas développe à la tribune de la Convention (1) cette idée que le Corps législatif seul doit pouvoir accuser et renvoyer ensuite devant la juridiction compétente les *premiers des fonctionnaires publics* et les personnes coupables de *crimes d'Etat*, *d'attentats contre la sûreté publique*. Pourquoi ? Parce que, dans sa pensée, le droit d'accuser les citoyens, de les traduire au tribunal qui doit prononcer sur leur sort ne peut pas être délégué à un seul homme. Et l'orateur parle alors de la « tyrannie de Robespierre » : « Si elle n'eût pas affranchi son infâme tribunal des formes préparatoi-

[1] *Moniteur*. — Séance du 5 Messidor an III.

res, s'écrie-t-il, des millions de français assassinés vivraient encore ! » Boissy-d'Anglas redoute à la fois les tribunaux et les officiers de police judiciaire, qui ne parlent et n'agissent qu'au nom du Gouvernement. Il croit y remédier en leur substituant le Corps législatif et en confondant ainsi des pouvoirs qui doivent rester distincts.

C'est encore un esprit de méfiance non seulement à l'égard des magistrats, mais aussi du Gouvernement lui-même, qui inspire à Siéyès sa curieuse proposition d'un Jury constitutionnaire, (1) développée les premiers jours de Thermidor an III. Dans la pensée de l'auteur du projet, ce Jury d'une nature particulière devait avoir un triple but : 1° veiller à la garde de la Constitution ; 2° s'occuper, à l'abri des passions du moment, de tout ce qui pouvait la perfectionner ; 3° offrir « à la liberté civile une ressource d'équité naturelle » dans les cas imprévus par la loi.

Pour Siéyès, toute la force de ce Jury devait consister à planer au-dessus des pouvoirs de l'Etat, sans jamais se mêler à leur action ni à leurs luttes. Notre sujet nous défend de le suivre dans les développements qu'il donna à la Convention, pour tout ce qui concerne les deux premières attributions. Mais la troisième nous intéresse davantage. Elle prévoit le cas de fonctionnaires coupables d'abus dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs pouvoirs. L'orateur distingue le droit de la Société et celui des

[1] *Moniteur*. — 26 Thermidor an III.

simples citoyens. Parmi les actes qui peuvent violer une Constitution, dit-il, les uns sont responsables, les autres irresponsables. Il y a de même des fonctionnaires responsables et des fonctionnaires irresponsables. Siéyès applique cette dernière appellation à ceux qui n'ont pas de juges naturels, en cas de « délit d'excédence de pouvoirs » commis par eux. Quelles sont donc ces fonctions réputées irresponsables, ou qui doivent l'être, au dire de Siéyès ? Les missions électorales, la mission constituante, la jurie constitutionnaire. L'auteur du projet ajoute à cette liste les juges et les jurés, en faisant remarquer toutefois que ces « applicateurs de la loi » se pondèrent les uns les autres, par le mécanisme même de leur institution, et que, d'ailleurs, le Tribunal de Cassation doit les maintenir et le peut. — Pour les fonctionnaires irresponsables, donc, c'est-à-dire pour ceux qui n'ont pas de juges naturels, le Jury constitutionnaire remplacera ces juges absents.

Ce n'est pas tout. A cette institution les simples citoyens vont, eux aussi, trouver un avantage appréciable. On peut estimer abusif le droit de réclamation directe contre les actes des agents du pouvoir. Aussi en a-t-on mitigé déjà l'exercice. Mais « quand il s'agit de la liberté individuelle, dit Siéyès, il ne suffit pas qu'un droit ne soit point nécessaire ; pour le refuser il faut qu'il soit nuisible. En fait de droits, ne donnez au fonctionnaire public que ce qui est de nécessité ; nous sommes d'accord ; mais la liberté du citoyen doit s'étendre, et il faut la respecter partout où elle n'est pas nuisible. Si donc, le citoyen se croit

plus libre en jouissant du droit de réclamation, je n'ai pas besoin d'un autre motif pour le demander..... » L'individu froissé dans ses intérêts ou frustré dans ses droits ne portera pas sa réclamation aux tribunaux, sous forme de plainte ou d'action civile ; elle ne sera pas davantage soumise aux examens préalables d'une administration de département ou de district. Mais le Jury constitutionnaire la recevra ; après en avoir impartialement pesé les motifs, il la jugera bien fondée, et, dans ce cas, y fera droit, ou bien déclarera simplement qu'il n'y a pas motif à réclamation. Et Siéyès, pour éviter les abus, croit encore devoir sanctionner cette dernière décision du jury. « Ce n'est pas la peine des juges que je voudrais épargner ; mais je voudrais que l'empressement immodéré de quelques réclamants de profession ne nuisît pas à l'usage modéré de la liberté des autres. Cette condition, ou plutôt ce frein, serait une amende imposée par voie de police, si le prononcé du Jury constitutionnaire est qu'il n'y a pas motif à réclamation. »

Tel est le curieux projet de Siéyès. Après l'exposé de l'auteur, qui dura plusieurs séances, Berlier, membre de la commission de Constitution, dite Commission des onze, prit à son tour la parole. Après avoir loué le préopinant pour ses excellentes intentions, il attaqua vigoureusement sa proposition, notamment le droit de réclamation dont nous venons de parler. Deux jours plus tard, la Convention se prononça et, à l'unanimité, le projet fut repoussé.

Des tentatives de ce genre n'ont plus aujourd'hui

qu'un intérêt historique. Elles sont pourtant un indice sérieux du léger désarroi qui marque cette époque, après la sérénité confiante qui caractérisait au contraire les premiers temps du nouveau régime. Il paraît certain que beaucoup d'esprits, sans abandonner aucune des idées fondamentales de la Révolution, cherchent à modifier quelques rouages du mécanisme politique. Mais leurs efforts n'aboutissent qu'à de minces résultats.

Dans la Constitution du 5 Fructidor an III (1), rien de ce qui concerne la responsabilité des agents du pouvoir n'est changé. On lit au titre VIII, sous l'article 203 : « Les juges ne peuvent s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif ni faire aucun règlement. Ils ne peuvent arrêter ou suspendre aucune loi, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. » Ce sont, à part quelques modifications insignifiantes, les termes mêmes de la Constitution de 1791. On peut, au premier abord, s'étonner de l'insistance avec laquelle on répétait ces formules. Il faut croire, cependant, qu'elle était justifiée. Les tribunaux, malgré les prohibitions renouvelées sans cesse, se déclaraient compétents pour connaître des poursuites relatives au produit des taxes révolutionnaires ; ce produit devait être restitué, conformément à la loi du 13 Frimaire an III, et donnait lieu à de nombreuses réclamations. La Convention s'émut, et le député Monnot, au nom du Comité des finances et

(1) *Moniteur*. — 10 Fructidor an III, t. 12.

de législation, proposa, en conséquence, un projet de décret tendant à annuler les jugements intervenus et faisant défense aux tribunaux de s'immiscer dans ces sortes d'affaires, à raison de leur caractère administratif. Telle est l'origine du décret du 16 Fructidor an III dans lequel nous lisons : « Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, etc. » Le pouvoir judiciaire inspire donc toujours les mêmes craintes. C'est toujours par lui qu'on redoute de voir créer un état au sein de l'Etat. Dans la pensée des hommes de l'époque, il mérite bien, en effet, l'épithète de *pouvoir*. On parle du péril judiciaire comme on parlera plus tard du péril clérical ; et l'on peut, sans audace, rapprocher des motions législatives de cette période, dont le décret de Fructidor nous offre un exemple, telles formules parlementaires actuelles affirmant la suprématie du pouvoir civil et laïque sur l'autorité militaire ou religieuse (1).

(1) Ce sont là des affirmations de principe. Au point de vue pratique, les tribunaux ordinaires se déclaraient souvent compétents dans les affaires intéressant la puissance publique, et le gouvernement, malgré sa volonté d'empêcher ces empiètements, ne possédait pas contre eux d'arme efficace et légale. La loi du 21 Fructidor an III eut pour objet d'obvier à cet inconvénient. Dans son art. 27, elle dispose comme suit : « En cas de conflit d'attributions entre les autorités judiciaire et administrative, il sera sursis jusqu'à décision des ministres, confirmée par le Directoire exécutif, qui en référera, s'il est besoin, au Corps législatif. » Le texte était vague et insuffisant. Il consacrait un principe : le droit pour le gouverne-

La Constitution du 5 Fructidor an III, nous donne pourtant la preuve d'une certaine mise au point de la question. Est-elle le fruit des hésitations dont nous avons constaté l'existence ? Dans les articles 262 et 263 du titre VIII, relatifs à la responsabilité des magistrats, on trouve, à peu près textuellement reproduites, les dispositions contenues dans l'acte constitutionnel de 1791.

ment d'évoquer l'affaire, dans certains cas ; mais, il ne disait pas comment ni par qui le conflit devait être tranché en fin de compte, si c'était par le Directoire lui-même ou par une juridiction organisée. Or, malgré tout, le gouvernement hésitait à s'arroger le droit de casser un jugement. D'autre part, l'article 254 de la Constitution chargeait le Tribunal de Cassation de statuer sur les règlements de juges ; et l'article 262 lui donnait la connaissance des actes par lesquels les juges avaient excédé les bornes de leurs pouvoirs. A défaut d'autre autorité, le Tribunal de Cassation semblait donc désigné par la loi elle-même pour juger les conflits. Aussi, le 2 Germinal an V, un arrêté fut-il pris par le Directoire, dans le but d'attribuer à ce Tribunal la connaissance des conflits dont le Gouvernement serait saisi conformément à la loi du 21 Fructidor an III. Mais ce n'était là qu'un pis aller. Le Tribunal de Cassation restait, malgré tout, un corps judiciaire. Comme tel, il était suspect à l'Administration. En conséquence, le Directoire envoya aux Anciens et aux Cinq-Cents, le mois d'après, un message dans lequel il exposait les raisons pour lesquelles l'Administration se sentant désarmée au cas de conflits d'attribution (notamment en matière de vente des biens Nationaux et de responsabilité des fonctionnaires), réclamait du Parlement le vote d'une loi. Mais ce vote n'eut pas lieu. Telle fut la règlementation des conflits dans cette période. (V. Bavoux — des Conflits — 1 vol. — Paris 1828. p. 120 à 150.)

Remarquons en passant, toutefois, que le Ministre de la Justice, chargé précédemment de dénoncer au Tribunal de Cassation les actes blâmables des juges, est remplacé dans cet office par le Directoire exécutif. La marche à suivre reste la même. On distingue comme autrefois entre les actes donnant lieu à la forfaiture et les simples abus ; et, dans le premier cas, la compétence appartient encore au Corps législatif pour rendre le décret d'accusation. Mais tandis que la Constituante avait borné ses prévisions à ce texte, la Convention jugea prudent de le compléter par un nouvel article (art. 264). Il est ainsi conçu : « Le Corps législatif ne peut annuler les jugements du Tribunal de Cassation, sauf à poursuivre personnellement les juges qui auraient encouru la forfaiture ». Ces quelques mots apportent une importante restriction aux droits du Corps législatif. Le Tribunal de Cassation, en effet, saisi le premier par le Directoire de l'acte coupable d'un magistrat, l'examine et, dans un jugement motivé, décide. Or, il est un cas où le Corps législatif s'érige en juridiction suprême : lorsque l'acte entraîne forfaiture. Mais qui peut apprécier et se prononcer sur l'existence de la forfaiture, sinon le Tribunal de Cassation lui-même ? Si donc ce corps judiciaire se contente d'annuler l'acte en déclarant qu'il ne donne pas lieu à la forfaiture, le Corps législatif va rester désarmé ? Non, pas complètement ; l'art. 264 l'autorise à poursuivre personnellement les juges, mais lui refuse le droit de discuter les arrêts du Tribunal de Cassation. Ce qui est jugé par lui demeure irréfragable. Aucune autorité

n'a le droit d'y contredire. « Le Corps législatif ne peut annuler les jugements du Tribunal de Cassation. »

L'inscription formelle de ce principe dans les lois constitutionnelles marque un grand progrès. On peut, semble-t-il, y voir l'origine du déplacement de la question de responsabilité pour les fonctionnaires. Qu'a fait le pouvoir politique, jusqu'ici ? Il s'est efforcé, nous le savons, de garantir ses prérogatives contre l'empiètement possible de son rival. C'est, on peut le dire, dans son propre intérêt, qu'il a élevé des barrières. Quant aux prérogatives naturelles des tribunaux, il les juge sufisamment étendues par elles-mêmes pour se dispenser de les garantir à leur tour. Avec la Constitution nouvelle, un changement semble s'opérer. Les législateurs s'occupent enfin de protéger les décisions de la justice contre les leurs. C'est la preuve d'un sentiment beaucoup plus net de l'équilibre constitutionnel.

Ce désir nouveau de formules moins équivoques et moins abstraites apparaît encore dans la loi du 3 Brumaire an IV, qu'on appela *Code des délits et des peines*. (1) Cette loi, mère de notre Code pénal actuel, tente un effort louable pour définir la forfaiture. Elle décide d'abord que les textes relatifs à ce crime doivent être interprétés restrictivement : « Il n'y a lieu à la forfaiture que dans les cas déterminés par la loi. Ces cas sont détaillés dans le livre des peines », dit

(1) Dalloz. — *Rép. lois codifiées*, t. 30, p. 242 et suivantes.

l'article 560. Et l'article suivant nous fait déjà entrevoir que les actes prévus par le Code, comme donnant lieu à la forfaiture, sont ceux des *juges des tribunaux, tant civils que criminels, correctionnels et de police.* Comme la loi pénale du 25 Septembre 1791, dont nous avons déjà parlé, celle de l'an IV consacre une section spéciale aux « *crimes des fonctionnaires publics dans l'exercice des pouvoirs qui leur sont confiés* ». Et, dans cette section même, sous les articles 641 et suivants, le Code des délits et des peines énumère les divers cas de forfaiture, bornant d'ailleurs la possibilité de ce crime aux magistrats de l'ordre judiciaire. Ces magistrats sont les juges des tribunaux civils ou criminels, les juges de paix, ou assesseurs de juges de paix, les officiers de police, les accusateurs publics. — Quels sont donc les crimes visés par la loi ? Nous en trouvons le détail dans l'art. 644; ce sont : le fait, pour les juges civils de département, de ne pas convoquer les Assemblées primaires dans les cas prévus par l'art. 105 de la Constitution; pour les juges civils ou criminels, le fait de prononcer ou signer un jugement sur la recherche ou l'accusation d'un citoyen qui est ou aurait été membre du Corps législatif, à raison de ce qu'il a dit ou écrit dans l'exercice de ses fonctions. Est encore coupable de forfaiture tout juge qui s'immiscerait dans l'exercice du pouvoir législatif en faisant des règlements, ou qui se permettrait d'arrêter ou de suspendre l'exécution de la loi dans l'étendue de sa juridiction; tout président de tribunal criminel qui n'ordonnerait pas le renvoi au Corps législatif d'une affaire portée à son

tribunal, lorsqu'elle est de la compétence exclusive de la Haute-Cour de justice. — Telles sont les dispositions relatives aux juges des tribunaux ordinaires. Elles visent surtout les violations de la Constitution, donnant ainsi une sanction pratique aux lois déjà examinées de 1790 et de l'an III, sur la responsabilité spéciale des agents administratifs. — Les autres crimes prévus par l'art. 644 sont ceux des juges de paix, des officiers de police et des accusateurs publics. Pour les juges de paix, le paragraphe 3 punit encore le cas où ces magistrats donneraient l'ordre de saisir ou d'arrêter un membre du Corps législatif, hors les circonstances prévues par la loi constitutionnelle. Quant aux officiers de police, le Code s'efforce de défendre, contre leur arbitraire, la liberté individuelle ; cela s'explique tout naturellement par les attributions de ces fonctionnaires. Ils étaient, comme aujourd'hui, chargés de toutes les mesures initiales pour le maintien de l'ordre public et pouvaient donc commettre de nombreux abus. Le paragraphe 5 déclare coupable de forfaiture tout officier de police qui n'a point exprimé formellement les motifs de l'arrestation dans un mandat d'arrêt, et cité la loi qui l'autorise à le décerner ; et l'alinéa suivant parle de l'officier de police sur l'ordre duquel un citoyen aurait été retenu en charte privée, sans avoir été conduit dans la maison d'arrêt, de justice ou de détention. Le législateur de l'an IV entoure, on le voit, de garanties sérieuses la liberté individuelle des citoyens. C'est encore le même souci qui l'incite à limiter étroitement le rôle des accusateurs publics.

On sait, qu'il y avait, à cette époque, un jury investi des fonctions aujourd'hui dévolues aux Chambres des mises en accusation de nos Cours d'Appel. Ce corps spécial renvoyait les prévenus devant un autre jury chargé de juger. Eh bien ! l'art. 644 du Code de l'an IV défend aux accusateurs publics de porter un acte d'accusation sur un chef autre que celui admis par les premiers jurés, et cela sous peine de forfaiture. — Enfin, disposition commune à tous les magistrats chargés de prononcer des décisions, tout juge, civil ou criminel, tout juge de paix, tout assesseur de juge de paix, coupable de s'être laissé corrompre d'avoir, « moyennant argent, présent ou promesse, trafiqué de son opinion ou de l'exercice de son pouvoir », est convaincu du même crime.

Nous pouvons maintenant mesurer le chemin parcouru depuis 1789. Les lois qui forment la transition entre les travaux de la Constituante et le Consulat rééditent, si l'on peut ainsi parler, les principes des premiers temps de la Révolution, mais avec un sens du réel qui leur faisait peut-être autrefois défaut. Ce sont toujours les mêmes affirmations sur la séparation des pouvoirs, sur les défenses aux tribunaux de juger les fonctionnaires (constitution du 5 Fructidor an III, décret du 16 Fructidor). Mais on constate un assagissement dans l'esprit de lutte. On passe des pures déclarations doctrinales à la mise en pratique. On précise mieux certains points et l'on n'hésite pas à protéger le pouvoir judiciaire lui-même (art 264 — constitution de l'an III). Enfin, le code des peines de l'an IV sanctionne implicitement les textes relatifs à

la garantie des administrateurs, en donnant une définition de la forfaiture et en limitant ce crime aux actes des magistrats.

CHAPITRE III

Législation du Consulat et de l'Empire

L'article 75 de la Constitution du 22 Frimaire an VIII institue pratiquement un système de garantie pour les fonctionnaires administratifs; il exige, avant toute poursuite judiciaire, une autorisation donnée par le Conseil d'Etat. Combinaison de l'art. 75 avec les décrets du 3 Nivôse an VIII et du 9 Août 1806 : la suspension des poursuites avant la décision du Conseil d'Etat n'a pas le caractère d'un conflit; l'art 75 détache donc la garantie de mécanisme général de la séparation des pouvoirs; il en fait un rouage distinct. — Textes autres que l'art. 75, et relatifs à la responsabilité des fonctionnaires : décrets des 11 Juin et 9 Août 1806; le décret du 11 Juin explique l'art 75; celui du 9 Août restreint la portée du précédent. — Responsabilité des magistrats; art. 74 de la Constitution de l'an VIII. Sa brièveté. Discussion au Tribunat, le 26 Nivôse an VIII, d'un projet complémentaire. Son caractère autoritaire. Il violait la Constitution. Opinion de Thiessé. Adoption par le Tribunat. Rejet par le Corps législatif.

La Constitution du 22 Frimaire an VIII (1) est la première qui consacre un titre spécial à la « Respon-

[1] *Moniteur*. — Année 1799, T. 2. 25 Frimaire an VIII

sabilité des fonctionnaires publics » (Titre VI). Après avoir parlé de la responsabilité des hauts dignitaires de l'Etat et des représentants (Sénateurs, Membres du Corps législatif, Tribuns, Consuls, Conseillers d'Etat) à l'égard desquels la loi ne reconnaît que la responsabilité pour crimes de droit commun, sur autorisation de poursuites donnée par le Corps tout entier, le titre VI consacre deux articles aux ministres et traite enfin des actes délictueux commis par les juges et par les fonctionnaires de l'ordre administratif. Occupons-nous, pour le moment, de cette dernière catégorie.

« *Les Agents du Gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis, pour faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une décision du Conseil d'Etat ; en ce cas la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires* ». Ainsi s'exprime le célèbre article 75. Tel est le texte qui, pendant les trois quarts du XIX^me^ siècle, va constituer la législation fondamentale en notre matière. Nous allons, dans ce chapitre, l'envisager d'abord en lui-même, au point de vue purement constitutionnel ; nous réservons pour plus tard toutes les difficultés qu'il souleva dans la pratique, et l'étude des contradictions nombreuses de la jurisprudence, lorsqu'elle dut concilier ses termes avec le droit privé.

Les ministres, objets de dispositions spéciales, sont exclus de l'art 75. Pour les agents du Gouvernement autres que les ministres, les poursuites pour faits

relatifs aux fonctions s'exercent devant la juridiction ordinaire. Mais la loi exige une importante formalité préalable : l'examen de l'affaire par un corps spécial, chargé de donner son avis au chef de l'Etat sur les questions intéressant l'Administration publique. Si le Conseil d'Etat estime que l'intérêt de la puissance publique est de soustraire l'agent aux poursuites, sa décision les arrête immédiatement, et le fonctionnaire est couvert. Dans le cas contraire, une autorisation intervient et l'agent est abandonné aux voies ordinaires de procédure.

C'est, on le voit, une dérogation très grave au droit commun. Le fonctionnaire bénéficie d'un traitement particulier, à raison de sa qualité d'agent du pouvoir. Mais ce dépositaire d'une parcelle de puissance publique reste un homme, malgré tout ; et nous verrons quelles controverses ce double caractère a suscitées dans la jurisprudence. Voilà donc, définitivement et formellement consacré par un texte, le principe de responsabilité spéciale et restreinte. Il existe une garantie des fonctionnaires. On voit comment la Constitution de l'an VIII se contente simplement de fixer sur ce point les idées de la Révolution, jusqu'alors affirmatives, mais flottantes. Le principe de garantie, formulé dans les lois de 1790 et de l'an III, attendait son institution pratique. La Constitution nouvelle lui donne cette institution.

En même temps, elle détache la garantie des lois générales sur la séparation des pouvoirs, qui la régissaient. L'administration pourra, comme auparavant, évoquer l'affaire, mais par un moyen autre que le

conflit. Lui donner ce moyen nouveau, voilà précisément le but de l'article 75. Tout le mécanisme constitutionnel de la garantie tient, en effet, dans les attributions spéciales du Conseil d'Etat. Nous avons déjà vu le législateur de 1793 donner, dans un but d'autorité, une dangereuse extension au Conseil exécutif de l'époque, en lui attribuant le droit de dénoncer, s'il y avait lieu, les agents de l'Administration générale à l'autorité judiciaire. Et l'on se rappelle, peut-être, les paroles de Cambacérès réclamant pour remplacer le Conseil exécutif dans cette tâche une administration « secondaire indépendante du Conseil lui-même. » Ces paroles prophétiques se réalisent en l'an VIII par la création du Conseil d'Etat et son rôle dans l'examen des actes reprochés aux fonctionnaires. — Consultons maintenant, d'autre part, le décret, postérieur à la Constitution, du 3 Nivôse an VIII, sur l'organisation du Conseil d'Etat. Le paragraphe 1 de l'art. XI est ainsi conçu : « Le Conseil d'Etat prononce sur les conflits qui peuvent s'élever entre l'Administration et les tribunaux. » Il y a conflit, nous le savons, lorsque l'Administration et les tribunaux prétendent avoir également compétence dans un litige. Au cas de poursuites contre un fonctionnaire pour faits relatifs aux fonctions, le Conseil d'Etat serait donc compétent en vertu du seul décret de Nivôse. Les deux textes semblent alors faire double emploi. Mais relisons l'article 75 : « Les agents du pouvoir ne peuvent être poursuivis qu'*en vertu d'une décision du Conseil d'Etat.* » Cela n'indique-t-il pas la nécessité d'une intervention *préalable ?* La seconde partie du

texte nous fournit, d'ailleurs, un argument de plus. « En ce cas, dit-il, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires. » *En ce cas*, c'est-à-dire *après* décision autorisant la poursuite. Nous tirons de ces mots cette conclusion que le législateur de l'an VIII ne paraît pas considérer les poursuites contre un fonctionnaire comme une occasion des conflits prévus par le décret de Nivôse. Tout conflit suppose commencé l'exercice du pouvoir judiciaire, c'est-à-dire d'une action devant les tribunaux. Ici, rien de semblable. Que se passe-t-il en effet ? Les tribunaux sont-ils saisis avant le Conseil d'Etat lui-même ? Assurément non. Nous n'en voulons pour preuve que le décret du 9 Août 1806 (1), sur lequel nous reviendrons à un autre point de vue. Ce texte est on ne peut plus explicite dans son paragraphe 3. « La disposition de l'article 75 de l'acte constitutionnel de l'an VIII ne fait point obstacle à ce que les magistrats chargés de la poursuite des délits informent et recueillent tous les renseignements relatifs aux délits commis par les agents du gouvernement dans l'exercice de leurs fonctions ; mais *il ne peut être, en ce cas, décerné aucun mandat, ni subi aucun interrogatoire juridique, sans l'autorisation préalable du gouvernement.* » Les termes précités permettent de juger combien préalable doit être l'autorisation. Le rôle du Conseil d'Etat consiste donc, en l'espèce, à prévenir et non pas à trancher les conflits. De deux choses l'une : ou bien

(1) *Moniteur*, 1806, 2e semestre.

l'autorisation sera accordée, ou elle ne le sera pas. Dans le premier cas, l'Administration considèrera les poursuites comme étant sans aucun danger pour ses propres prérogatives ; dans l'autre, elle les empêchera, purement et simplement. Mais quelle que soit sa décision, il n'y aura plus matière à conflit. Eviter les conflits en matière de responsabilité des agents du pouvoir par l'établissement d'une règle fixe, tel est le but de l'article 75.

Nous devons, pour être complet, parler en outre de deux textes, le décret du 11 juin 1806 et celui déjà cité du 9 Août suivant. Le décret du 11 Juin 1806 (1) a pour objet l'organisation du Conseil d'Etat ; il consacre son titre III à la *Haute Police Administrative*. Voici, d'après ses dispositions, en quoi elle consiste. S'il plaît à l'Empereur, après avoir pris connaissance d'un rapport ou d'une dénonciation à lui soumis sur les agissements d'un fonctionnaire, d'en faire examiner la conduite par son Conseil d'Etat, il renvoie ces rapports ou dénonciations, soit directement, soit par l'intermédiaire du Ministre de la Justice, à une commission composée de deux membres et du président d'une section du Conseil d'Etat (Art. 15 et 16). La commission, saisie du dossier, peut alors opter entre trois partis : déclarer que l'inculpation n'est pas fondée ; estimer, au contraire, qu'il convient d'entendre les explications

(1) *Moniteur* 1806, 1er semestre.

du fonctionnaire objet de la plainte ; juger enfin qu'il y a lieu de le poursuivre judiciairement (Art. 17 et 19). En ce dernier cas, le Ministre de la Justice reçoit de l'Empereur l'ordre de faire traduire l'inculpé devant les tribunaux. Après avoir entendu le fonctionnaire, la commission peut aussi être d'avis que les fautes commises méritent simplement la destitution ou des peines disciplinaires (Art. 19). C'est encore l'Empereur qui décide dans quel sens sera rédigé le rapport que la commission devra fournir au Conseil d'Etat.

Ce décret semble donner à l'article 75 une interprétation singulièrement étroite et peu libérale. Il offre un exemple frappant de la justice dite retenue, qui tend, de plus en plus, à disparaître aujourd'hui. Mais son exagération même causa sa perte. Moins de deux mois après avoir vu le jour, il fut suivi d'un autre décret, le 9 Août suivant (1), qui, sans l'abroger d'une façon formelle, en restreignait considérablement la portée pour rendre à l'art. 75 son entière valeur.

D'après ce que nous venons de voir, le décret du 11 Juin, dans son titre III, réduisait le rôle du Conseil d'Etat à l'exercice d'une haute police administrative, sous la direction immédiate de l'Empereur ; et ce qui donnait bien à ses fonctions ce caractère, c'étaient les dénonciations et les rapports dont parle l'article

(1) *Moniteur* 1806, 2e semestre.

16. Le décret du 9 Août, au contraire, prévoit le cas où des autorités locales, ou même de simples particuliers ayant un intérêt dans l'affaire, portent aux ministres leurs doléances contre un agent du pouvoir. On voit sans peine la différence. Sous le premier décret, il n'est nullement question de parties intéressées, en dehors du pouvoir central ; et ce texte semble viser spécialement les infractions d'un fonctionnaire, au point de vue purement administratif et intérieur, abstraction faite de leurs conséquences sur les droits des particuliers ou des autorités locales. Le décret du 9 Août comble cette lacune, ou plutôt revient à une interprétation plus saine de l'article 75. Il n'abroge pas, disions-nous, les dispositions du 11 Juin, mais les déclare non applicables au cas où la poursuite n'émanera pas des ordres exprès de l'Empereur. « Lorsque, sur la demande d'autorités locales ou de parties, transmise à S. M. par ses Ministres, il écherra d'autoriser ou non la mise en jugement des agents du gouvernement, inculpés dans l'exercice de leurs fonctions, *il y sera pourvu comme avant le décret du 11 Juin 1806, lequel est déclaré non applicable, au cas où la poursuite n'émanera pas des ordres exprès de S. M.* ». Ainsi s'exprime l'art. 1, de beaucoup le plus important. L'art. 2 règle ensuite des questions de procédure intérieure, et nous connaissons les dispositions de l'art. 3 pour les avoir déjà étudiées.

Tels sont donc, au point de vue général et purement constitutionnel, le mécanisme et le fonctionne-

ment de l'art. 75, c'est-à-dire de la garantie des agents dans l'ordre administratif.

Nous allons, maintenant, examiner les dispositions de la Constitution de l'an VIII relatives à la responsabilité des magistrats. Elles constituent la matière de l'art. 74, ainsi conçu : « Les juges civils et criminels sont, pour les délits relatifs à leurs fonctions, poursuivis devant le Tribunal auquel celui de Cassation les renvoie après avoir annulé leurs actes ». Ce qui frappe l'attention, dans ce texte, au premier abord, c'est sa brièveté, surtout si on le compare à ceux que les Constitutions de 1791 et de l'an III consacrent au même sujet. Tandis que ces dernières fixent les principales règles de procédure à suivre le cas échéant, notre art. 74 les passe sous silence. Sous leur empire, le Tribunal de Cassation connaissait des délits relatifs aux fonctions commis par les magistrats « des actes par lesquels ils avaient excédé les bornes de leurs pouvoirs »; il annulait les actes qui lui étaient soumis, et s'ils emportaient forfaiture il les dénonçait au Corps législatif qui mettait les prévenus en accusation. Sur toutes ces questions, la Constitution de l'an VIII est muette. Aussi, peu de temps après sa mise en vigueur, le 26 Nivôse suivant, un projet de loi, dû à l'initiative gouvernementale, sur l'organisation du Tribunal de Cassation, fut-il présenté au Corps législatif par le Conseiller d'Etat Berlier (1). Deux articles de ce projet étaient relatifs à la poursuite des juges pour

(1) *Archives parlem.* (an VIII, an IX) t. I, p. 88 et suiv.

délits par eux commis à raison de leurs fonctions. Les voici :

Art. 6. — « Le Gouvernement dénonce au Tribunal de Cassation, par la voie de son commissaire et sans préjudice du droit des parties intéressées, les actes par lesquels les juges ont excédé leurs pouvoirs et les délits par eux commis à raison de leurs fonctions.

« Le Tribunal annule ces actes, s'il y a lieu, et, s'ils emportent forfaiture, il prononce qu'il y a lieu à accusation. »

Art. 7. — « Dans le cas de l'article précédent, ou lorsque, dans l'examen d'une demande en cassation, le Tribunal trouve des actes qui emportent forfaiture, ou des délits commis par les juges relativement à leurs fonctions, il peut décerner, s'il y a lieu, les mandats d'amener et d'arrêt, interroger les prévenus, ou commettre tel juge au Tribunal qu'il jugera convenable, pour faire l'instruction préalable. »

La principale et la plus grave innovation de ce projet, consistait, on le voit, à donner au Tribunal suprême des prérogatives que toutes les constitutions précédentes lui avaient refusées en matière de forfaiture. Le droit de prononcer qu'il y avait lieu à accusation appartenait, auparavant, au Corps législatif, c'est-à-dire à la représentation nationale. Sans doute, il y avait peut-être une confusion de pouvoirs dans cette attribution ; mais la forfaiture étant la plupart du temps une violation des lois constitutionnelles, un attentat contre la forme du Gouvernement ou contre la liberté des citoyens, un

crime politique en un mot, il semblait naturel et logique d'en confier la mise en accusation aux hommes élus par le peuple comme gardiens de ses libertés. En l'an VIII, ces raisons, bonnes en elles-mêmes, loin de convaincre le premier Consul, étaient bien faites pour l'éloigner d'un tel système. La compétence du Corps législatif en pareille matière eût entraîné la possibilité d'un verdict d'acquittement, d'une désapprobation du Gouvernement dénonciateur. Procédure normale sous un régime de liberté, dangereuse sous le Consulat ! Avec ses idées centralisatrices, celui qui orientait, à cette époque, la politique et la législation dans une direction nouvelle, trouvait sans doute au Tribunal de Cassation l'unité morale suffisante pour servir ses desseins autoritaires envers la magistrature inférieure. D'ailleurs, par la concession même qu'il lui faisait de prérogatives nouvelles, n'incitait-il pas ce corps à lui donner un dévouement plus aveugle ? Le projet présentait, du moins, l'avantage de respecter le principe de séparation des pouvoirs ; il laissait à des juges le soin de juger. C'est, en effet, ce dernier argument que Berlier invoquait surtout. « Cette immixtion du législateur dans des fonctions purement judiciaires, disait-il, est contre la nature et la distribution bien entendue des pouvoirs sociaux ». L'orateur du Gouvernement montrait encore l'inconvénient des vacances législatives, assurant l'impunité des crimes de forfaiture pendant les huit mois de l'année que durait l'intervalle des sessions.

Au Tribunat, la discussion, commencée le 6 Pluviôse,

dura plusieurs jours. Elle fut assez vive en général. Mais le débat s'engagea plus particulièrement sur les articles 6 et 7. De nombreux orateurs prirent la parole pour ou contre l'adoption, parmi lesquels Favart, Huguet et surtout Thiessé, dont le discours, très énergique, faillit gagner la cause du rejet.

Le projet du Gouvernement, disait-il en substance, est inconstitutionnel et anti-libéral. Sous quatre rapports :

1° L'article 66 de la Constitution s'y oppose. Il dit, en effet, que le Tribunal de Cassation ne connaît point du fond des affaires ; l'art. 7 du projet de loi ne peut donc, en aucune façon, donner à l'art 74 de la loi constitutionnelle un sens contraire à l'art. 66 de la même Constitution. On ne saurait, en d'autres termes, accorder, par simple interprétation d'un texte, un droit qu'un autre texte non abrogé refuse formellement.

2° Le projet porte une grave atteinte à l'institution du jury ; car il fait un jury du Tribunal de Cassation, pour déclarer s'il y a lieu d'accuser le magistrat prévenu. Or, l'institution du jury est, par sa nature, indépendante des pouvoirs constitués. De plus, elle implique le droit pour les citoyens de récuser les jurés qui peuvent leur être suspects ; et ce droit disparaît avec le système du Gouvernement.

3° On veut imposer aux magistrats une justice différente de celle applicable aux autres citoyens.

4° Le Tribunal de Cassation n'aura jamais l'impar-

tialité suffisante pour examiner le recours du magistrat poursuivi contre le jugement, puisque tous les actes préparatoires et d'instruction émaneront du Tribunal de Cassation lui-même.

On peut se convaincre, par ce qui précède, de ce fait que Thiessé, combattant le projet gouvernemental, soutenait encore la théorie des premiers temps de la Révolution sur le pouvoir judiciaire. La « tyrannie » possible de ce pouvoir l'effrayait. Le changement de régime politique n'était pas encore consommé. On marchait vers un gouvernement monarchique, mais dissimulé sous une forme républicaine. L'heure n'était pas venue pour les libéraux d'adorer ce qu'ils avaient brûlé.

Malgré le discours de Thiessé, le Tribunat vota le projet à une infime majorité (deux voix seulement). Mais ce n'était là qu'un vœu. La vraie bataille devait s'engager au Corps législatif. Les deux adversaires se retrouvèrent en présence : Berlier, comme orateur du Gouvernement, Thiessé comme orateur du Tribunat. Contrairement à ce qui se produisait d'ordinaire, ce dernier exposa le vœu, non pour le soutenir, mais pour le combattre avec plus d'ardeur encore. Cette fois, malgré les efforts de son contradicteur, il gagna sa cause. Le projet gouvernemental fut nettement repoussé par le Corps législatif.

CHAPITRE IV

Législation du Consulat et de l'Empire

(*Suite*)

Un certain nombre de textes postérieurs à l'an VIII restreignent le rôle dévolu au Conseil d'Etat par l'art. 75, en déléguant le droit d'autoriser les poursuites à certaines autorités administratives supérieures. — Le Sénatus-Consulte de l'an XII déroge à l'art. 75 en déclarant toute une catégorie de hauts fonctionnaires justiciables de la Haute-Cour Impériale. — Dispositions particulières de la loi du 20 Avril 1820 (art. 10 et 18). — Responsabilité des magistrats. Sénatus-Consulte de l'an XII : il déclare justiciables de la Haute-Cour les magistrats de Cassation et d'Appel pour les forfaitures et prises à partie. — Législation des Codes. Code Pénal : forfaiture art. 121, 122, 166 et suivants. Code d'Instruction Criminelle : action publique contre les magistrats art. 479 et suivants. Loi du 20 Avril 1810 art. 10 et 18. Codes d'Instruction Criminelle et de Procédure Civile : actions civiles contre les magistrats ; prise à partie art. 505 et suiv. du c. pr. civile. — Par l'institution des codes, la responsabilité des magistrats perd tout caractère constitutionnel et se fixe dans le droit privé.

En ce qui concerne les fonctionnaires administratifs autres que les ministres, nous avons vu, formel-

lement consacrée par la Constitution de l'an VIII (art. 75), la nécessité d'une autorisation de poursuites donnée par le Conseil d'Etat. Relativement aux magistrats de l'ordre judiciaire, on s'en est tenu aux termes, un peu trop généraux peut-être, du même acte constitutionnel (art. 74). L'examen de la législation postérieure va nous révéler à peine quelques dispositions peu importantes pour cette dernière catégorie de fonctionnaires publics, sauf, bien entendu, celles des Codes Pénal, d'Instruction criminelle et de Procédure civile. Il n'en est pas de même des agents du gouvernement proprement dits. Nous allons rapidement passer en revue une série d'arrêtés ou de décrets relatifs à la responsabilité des agents de plusieurs administrations. Tous présentent un caractère restrictif des attributions dévolues au Conseil d'Etat par l'article 75. Ils ne portent aucune atteinte au principe de garantie ; mais à l'autorisation du Conseil d'Etat, ils substituent l'autorisation des chefs hiérarchiques intermédiaires. Ces restrictions s'expliquent aisément. S'il convenait d'attribuer au Conseil d'Etat seul la connaissance des plaintes formulées contre les fonctionnaires de l'Administration générale, on pouvait cependant déroger à la règle pour les agents des services spéciaux qui dépendaient de cette administration. Les supérieurs hiérarchiques étaient, d'ailleurs, mieux en situation que les membres du Conseil d'Etat de juger si leurs subordonnés avaient enfreint les devoirs de leurs fonctions et dans quelle mesure.

Voici l'énumération de ces textes : (1)

1° *Trois arrêtés du 9 Pluviôse an* x, autorisent le directeur général de l'enregistrement et des domaines, l'administrateur de la loterie et l'administration générale des postes à traduire devant les tribunaux, sans recourir à la décision du Conseil d'Etat, les agents inférieurs de leurs administrations respectives. Nous reproduisons le premier de ces arrêtés. Les deux autres sont conçus dans les mêmes termes : « Le directeur général de l'enregistrement et des domaines est autorisé à traduire devant les tribunaux, sans recourir à la décision du Conseil d'Etat, les agents inférieurs de cette administration. »

2° *Arrêté du 10 Floréal an* x, autorisant les préfets, après avoir pris l'avis des sous-préfets, à traduire devant les tribunaux, sans recourir aux décisions du Conseil d'Etat, les percepteurs des contributions, pour faits relatifs à leurs fonctions.

3° *Arrêté du 28 Pluviôse an* xi, autorisant l'administration des forêts à traduire devant les tribunaux les agents qui lui sont subordonnés.

4° *Arrêté du 10 Thermidor an* xi, autorisant l'administration générale des monnaies à traduire devant les tribunaux, sans recourir à la décision du Conseil d'Etat, les agents qui lui sont subordonnés.

(1) Dalloz. — *Répertoire* t. 32. p. 315.

5° *Arrêté du 29 Thermidor de la même année*, attribuant au directeur général des douanes le droit d'autoriser la mise en jugement des préposés de son administration.

6° *Décret du 28 Messidor an* XIII, portant que le conseiller d'Etat, directeur de la régie des droits réunis, pourrait désormais autoriser les poursuites dirigées contre ses inférieurs. Ce décret a été abrogé par l'article 244 de la *loi du 28 Avril 1816.*

7° *Décret du 28 Février 1806,* donnant le même droit aux administrateurs généraux des poudres et salpêtres à l'égard des employés de leur administration.

Tels sont les textes qui enlèvent au Conseil d'Etat la connaissance des actes de certains fonctionnaires. L'esprit qui a inspiré toute cette législation consistait non pas à déposséder le Conseil d'Etat de quelques-unes de ses pérogatives, mais à lui éviter des pertes de temps. En effet, si les agents supérieurs des administrations sus énoncées se refusaient à autoriser les poursuites, le ministère public ou la partie civile pouvaient encore recourir au Conseil d'Etat ; et ce corps rentrait alors dans ses anciennes attributions.

Nous n'allons plus maintenant rencontrer que peu de textes relatifs à notre sujet. Le sénatus-consulte de l'an x (1) qui établit le Consulat à vie, reste muet

[1] *Moniteur*, an x.

en ce qui touche les fonctionnaires administratifs. Mais celui du 28 Floréal an XII, (1) qui proclame Napoléon empereur, renferme quelques dispositions intéressantes. Nous les trouvons contenues dans le titre 13, art. 51. Après avoir parlé des ministres, conseillers d'Etat et des membres de la famille impériale, pour lesquels le nouveau sénatus-consulte établit une juridiction extraordinaire, la Haute-Cour impériale, ce texte pose des règles relatives à certains fonctionnaires spéciaux et déclare ces derniers également justiciables de la Haute-Cour. Ces fonctionnaires, quels sont-ils ? Les paragraphes 4, 5 et 6 nous le disent. Ce sont les capitaines généraux des colonies, les préfets coloniaux, les commandants des établissements français hors du continent, les administrateurs généraux employés extraordinairement, les généranx de terre ou de mer « sans préjudice à l'égard de ceux-ci des poursuites de la juridiction militaire, dans les cas déterminés par la loi », enfin les préfets de l'intérieur.

Il est permis de se demander si ces dispositions nouvelles devaient venir en concours avec l'art. 75 de la constitution de l'an VIII, et si ce dernier texte pouvait suffire à lui seul. Il vise, on le sait, les agents du gouvernement autres que les ministres. Rien ne s'opposait donc à ce que fussent compris dans ses termes les fonctionnaires dont parlent les paragraphes 4, 5 et 6 du sénatus-consulte, en l'absence de

[2] *Moniteur*, an XII, 2e semestre.

dispositions particulières les concernant. Mais n'oublions pas le caractère tout spécial de ces personnages. Ils sont investis d'importantes prérogatives. Ils représentent, à eux seuls, le pouvoir central dans les colonies, à la tête des armées ou dans les départements continentaux. La part de puissance publique qu'ils détiennent est si grande, comparée à celle des autres fonctionnaires, qu'on peut trouver logique de leur réserver une juridiction différente. Cela explique, croyons-nous, le sénatus-consulte de l'an XII. En faisant une catégorie d'agents justiciables de la Haute-Cour impériale, l'Empereur, toujours désireux de centraliser, imprime, en quelque sorte, un sceau de majesté sur les premiers de ses intermédiaires auprès du peuple. D'ailleurs les faits prévus par les textes sont limitativement déterminés. Il s'agit, non des actes délictueux en général, mais des « prévarications et abus de pouvoir » pour les capitaines généraux des colonies, les préfets coloniaux, les commandants d'établissements français, les administrateurs généraux et les chefs d'armée. En ce qui concerne ces derniers fonctionnaires, le paragraphe 5 parle encore du fait de désobéissance ; et les préfets de l'intérieur ne relèvent enfin de la Haute-Cour que s'ils se rendent coupables de concussion et dilapidations. Pour toutes les autres infractions, l'art. 75 paraît devoir être applicable. Enfin, la loi du 20 Avril 1810 sur l'organisation judiciaire et l'administration de la justice, parle, dans son art. 10, des délits correctionnels commis par certains grands dignitaires : grands officiers de la Légion d'honneur, généraux commandant

une division ou un département et préfets ; ces personnages sont, en ce cas, justiciables des Cours Impériales (cours d'appel). L'art. 18 de la même loi défère leurs crimes aux cours d'assises.

Bien incomplets sont les textes législatifs de cette période touchant les magistrats de l'ordre judiciaire. Le sénatus-consulte de l'an x traite, dans son titre IX « de la justice et des tribunaux ». Mais il se borne à poser des règles de discipline intérieure en hiérarchisant les divers degrés de juridiction, sous l'autorité suprême du Grand Juge (Ministre de la Justice). Celui-ci peut examiner la conduite des juges criminels traduits pour cause grave devant le Tribunal de Cassation. Il y a là quelque chose d'analogue à l'organisation actuelle du Conseil supérieur de la Magistrature (loi du 31 Août 1883). Cette mesure se rattache encore au grand mouvement centralisateur de l'époque. Malgré l'intérêt qu'elle présente, nous ne l'examinerons pas plus à fond, comme n'étant pas directement liée à notre sujet.

Le sénatus-consulte de l'an XII nous y ramène. Dans le même titre où il traite de la responsabilité de certains hauts fonctionnaires, il comprend, pour les déclarer justiciables de la Haute-Cour impériale, les « forfaitures ou prises à partie qui peuvent être encourues par une cour d'appel, par une cour de justice criminelle ou par les membres du Tribunal de Cassation. » Nous savons ce qu'on entendait, à cette époque, par le mot forfaiture ; le code des délits et des peines de l'an IV a pris soin de nous l'expliquer. (Au sujet de ce crime, on remarquera que les concus-

sions, prévarications et abus de pouvoir dont il est question dans le sénatus-consulte de l'an XII, sont, dans la pensée du législateur, assimilés à la forfaiture des hauts magistrats, puisqu'ils relèvent de la même Haute-Cour ; et bientôt, le Code pénal, consacrant par ses textes une tradition déjà ancienne, complètera cette œuvre). Les prises à partie étaient déjà réglementées par la loi du 27 Novembre 1790 ; mais elles concernaient tous les juges, sans distinction de tribunaux. Le texte de l'an XII vise seulement les cours d'appel, les cours de justice criminelle et le tribunal de cassation.

Il nous reste maintenant à examiner les dispositions contenues sur notre matière dans les divers codes. Parlons d'abord du Code pénal. Il énumère les divers cas de forfaiture imputables tant aux fonctionnaires administratifs qu'à ceux de l'ordre judiciaire. Nous suivrons l'ordre du Code pénal pour éviter des répétitions. Il suffira d'ailleurs ici de citer les articles.

Les articles 121 et 122 qualifient forfaiture le fait pour les magistrats du Siège ou du Parquet et pour les officiers de police judiciaires d'accuser ou poursuivre les ministres ou certains hauts fonctionnaires, sans y avoir été autorisés conformément aux lois de l'Etat, et le fait de retenir ou accuser illégalement un citoyen. L'art. 126 prévoit la coalition de fonctionnaires et la déclare forfaiture lorsqu'elle a pour but d'empêcher ou de suspendre le fonctionnement de la justice ou d'un service quelconque. Sont encore coupables de forfaiture les magistrats qui, aux termes de l'art. 127, se sont immiscés dans l'exercice du

pouvoir législatif ou dans les matières attribuées à l'autorité administrative, ou qui, ayant cité des administrateurs pour raison de leurs fonctions, auraient persisté à connaître de l'affaire, malgré la notification du conflit. Ce texte s'inspire beaucoup, on le voit, des lois de la Révolution. Les dispositions qui suivent punissent d'amendes les juges coupables d'empiètements sur l'autorité administrative, mais sans les convaincre de forfaiture. Une d'elles, l'art. 129, mérite une mention spéciale ; elle sanctionne, en effet, l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII. En voici le texte : « La peine sera d'une amende de cent francs au moins et de cinq cent francs au plus contre chacun des juges qui, après une réclamation légale des parties intéressées, ou de l'autorité administrative, auront, sans autorisation du gouvernement, rendu des ordonnances ou décerné des mandats contre ses agents ou préposés, prévenus de crimes ou délits commis dans l'exercice de leurs fonctions. — La même peine sera appliquée aux officiers du ministère public ou de police qui auront requis les dites ordonnances ou mandats ».

Enfin, les articles 130 et 131 punissent les empiètements des administrateurs eux-mêmes sur le pouvoir législatif et sur l'autorité judiciaire.

Nous allons énumérer maintenant, d'après les art. 166 et suivants du Code pénal, les autres cas de forfaiture prévus par les textes.

Les voici : 1° Soustractions de valeurs, titres ou actes, commises par les dépositaires publics, juges ou administrateurs, ou par leurs agents ; 2° concus-

sions commises par les fonctionnaires publics ; 3° délits consistant pour les fonctionnaires à s'ingérer dans des affaires ou commerces incompatibles avec leur qualité ; 4° corruption des fonctionnaires publics ; 5° abus d'autorité contre les particuliers ; 6° abus d'autorité contre la chose publique ; 7° délits relatifs à la tenue des actes de l'Etat-Civil ; 8° exercice de l'autorité publique illégalement anticipé ou prolongé ; 9° crimes contre la Constitution, commis par les personnes revêtues d'un caractère public ; 10° participation à des crimes que les fonctionnaires étaient chargés de surveiller ou de réprimer.

On le voit donc, les textes du Code pénal confondent, dans leurs classifications, les agents de l'ordre administratif et ceux de l'ordre judiciaire. Mais, en revanche, les Codes d'Instruction criminelle et de Procédure Civile s'occupent, d'une façon particulière, de la responsabilité des magistrats.

A. *Action publique.* — C'est le Code d'Instruction Criminelle qui fixe les règles suivant lesquelles on doit l'exercer (art. 479 à 503). Il distingue entre les faits commis en dehors des fonctions et ceux relatifs à ces fonctions.

a) *Faits commis par les magistrats et les officiers du ministère public en dehors de leurs fonctions.* — Les art. 479 et 480 ont pour objet la poursuite des magistrats et officiers du ministère public des tribunaux de première instance et des tribunaux correctionnels ; ils s'appliquent également aux justices de paix.

Au cas de délit, la cour d'appel prononce, en premier et dernier ressort, à la requête du procureur général (art. 479). Au cas de crime imputé à ces mêmes magistrats, le procureur général et le premier président désignent préalablement l'un le magistrat qui exercera les fonctions d'officier de police judiciaire, l'autre le magistrat instructeur (art. 480).

Le Code d'Instruction criminelle prévoyait encore les crimes et les délits commis hors de leurs fonctions par les magistrats des cours d'appel. Mais il ne contenait aucune disposition relative aux membres de la Cour de Cassation. La loi du 20 Avril 1810 sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la Justice, loi postérieure de 2 ans au Code d'Instruction criminelle, est venue combler cette lacune et simplifier en même temps les poursuites dirigées contre les membres des cours d'appel. Voici les termes de l'article 10, relatif aux délits ; « Lorsque..... des membres de la Cour de Cassation..... et des cours impériales seront prévenus de délits de police correctionnelle, les cours impériales en connaîtront de la manière prescrite par l'art. 479 du Code d'Instruction criminelle. » L'art. 18 de la même loi vise les crimes des personnes énumérées par l'art. 10 et les défère à la cour d'assises du lieu où réside la cour impériale.

On remarquera que ces dispositions de la loi de 1810 n'établissent aucune distinction entre les faits commis en dehors des fonctions et les autres.

Ils sont donc applicables aux deux catégories d'infractions.

B) *Faits commis par les magistrats et officiers du ministère public relativement à leurs fonctions* (Art. 483 à 503). En cas de délit correctionnel commis par un magistrat correctionnel ou de première instance ou de commerce, que ce magistrat soit juge ou chargé du ministère public, le procureur général près la cour d'appel le fait citer devant cette cour, qui prononce (art. 483). En cas de crime emportant forfaiture, la même procédure est prescrite, mais les actes d'instruction sont faits par le premier président de la cour d'appel (art. 484). Lorsque le même crime sera imputable à un tribunal entier, de l'espèce déjà mentionnée, le Ministre de la Justice en saisira le procureur général près la Cour de Cassation.

Même marche à suivre lorsqu'il s'agira de poursuivre pour forfaiture un ou plusieurs membres de cours d'appel, les procureurs généraux et substituts de ces cours (art. 484). Les articles suivants règlent la procédure relative à ces derniers cas. Pour les délits et crimes relatifs aux fonctions commis par les magistrats de Cassation, on devra se reporter aux art. 10 et 18 de la loi du 20 Avril 1810.

B. *Action Civile.*) — Son exercice est prévu par le Code d'Instruction criminelle et par le Code de Procédure civile. Le Code de Procédure civile consacre à cette matière les articles 505 et suivants. Nous nous bornons à énumérer les causes qu'il cite comme pouvant donner lieu à cette voie de recours contre les décisions judiciaires. Ce sont : 1° Le dol, la fraude ou la concussion, pendant l'ins-

truction ou lors du jugement ; 2° La déclaration, dans la loi, de responsabilité pour les juges, à peine de dommages-intérêts ; 3° La déclaration expresse de prise à partie prononcée par la loi ; 4° Le déni de justice.

Enfin, le Code d'Instruction criminelle lui-même permet aux personnes qui se prétendront lésées par un crime de dénoncer directement le ou les magistrats qu'elles en accusent à la Cour de Cassation, mais dans deux cas seulement : 1° Lorsqu'elles demandent à prendre le tribunal ou le juge à partie ; 2° Lorsque la dénonciation est incidente à une affaire pendante devant la Cour de Cassation (1).

Là s'arrête, on peut le dire, l'histoire des idées relatives à la responsabilité des fonctionnaires chargés de rendre la justice. Depuis la fin de l'ancien régime, cette matière se rattachait étroitement à celle de la garantie administrative. Il n'était pas possible d'étudier la responsabilité des agents administratifs, c'est-à-dire le système de protection établi en leur faveur contre le pouvoir judiciaire, sans se demander dans quelle mesure les membres de ce pouvoir devaient eux-mêmes compte de leurs fautes. La législation codifiée dont nous venons de reproduire les grandes lignes marque le terme de cet examen.

(1) V. la loi du 20 Avril 1810, d'après laquelle chaque corps de justice avait le droit d'exercer un pouvoir disciplinaire contre ses membres, sous l'approbation du Ministre de la Justice.

Comme nous le faisions observer au chapitre préliminaire, tandis que la garantie administrative — maintenant organisée au point de vue pratique par l'article 75 et détachée du mécanisme général des compétences — demeure forcément matière de droit public, la reponsabilité des magistrats, au contraire, perd son caractère constitutionnel. D'instables qu'elles étaient, comme liées à la fortune de l'ordre politique, ses règles deviennent fixes en s'incorporant au droit privé. Ainsi s'accentue davantage encore la séparation des pouvoirs.

CHAPITRE V

De la fin de l'Empire à 1870

La garantie des fonctionnaires, institution libérale dans la pensée des législateurs de la Révolution, est devenue impopulaire. Article 69 de la Charte de 1830. On veut abroger l'art. 75. Projet de loi déposé à la Chambre par M. Devaux le 3 déc. 1832 ; Sa prise en considération. Projet déposé le 12 déc. suivant par M. Barthe, Garde des Sceaux. Caractères communs de ces deux textes ; ils se contentent de supprimer la garantie pour les fonctionnaires inférieurs ; ils la laissent subsister pour toute une catégorie de hauts fonctionnaires. Le projet Barthe est renvoyé à la commission. — Il est repris en 1835 à la Chambre des Députés. La commission l'a rendu méconnaissable ; ses imperfections ; il viole la séparation des pouvoirs ; il multiplie les obstacles pour entraver les poursuites. — Le gouvernement le soutient sans conviction. Amendement présenté par M. Vivien, rétablissant à peu près le système de l'an VIII. Renvoi du projet à la Commission avec l'assentiment du Gouvernement. — Nouvelle rédaction, proposée le 26 Mars 1835 ; analogie avec le syst. de l'an VIII. Vivien satisfait retire son amendement. Vive discussion. Discours de Thiers ; il regrette l'art. 75. Le député Agier reprend l'amendement Vivien. Réponse du Garde des Sceaux Persil : le Conseil d'Etat n'est plus constitutionnellement constitué ; il ne peut rendre de décisions. — Le 1er Avril, rejet du projet gouvernemental ; adoption de l'amendement Vivien. — En 1836, le projet vient devant la Chambre des Pairs. Il n'est pas érigé en loi. — En 1849, avec la République, l'abrogation de l'art 75 revient en discussion : projet Crémieux ; il reprend la distinction faite en 1832 par les projets Devaux et Barthe. Malgré son caractère pratique, il n'est pas érigé en loi. Jusqu'en 1870, l'art 75 reste debout.

La période qui s'ouvre est toute entière régie par l'art. 75. (1) Malgré les tentatives de réformes manifestées sous les divers gouvernements, le système de l'autorisation préalable subsista longtemps encore. La Monarchie de Juillet faillit lui être fatale. Mais bien que les projets de 1832 et 1835, dont nous allons parler, soient demeurés sans effet, ils méritent cependant qu'on leur consacre une étude attentive. On y verra la preuve du revirement signalé au début de ce travail. Sous la Révolution, les lois interdisant aux tribunaux la compétence en matière de délits commis par des fonctionnaires à raison de leurs fonctions, étaient des lois de défense libérale. Maintenant, au contraire, c'est au nom de la liberté qu'on va demander la suppression de la garantie administrative, pour rendre aux juridictions de droit commun ce que les textes de la période intermédiaire leur ont enlevé. Au commencement de la Monarchie de Juillet, pour beaucoup de bons esprits, la réforme de l'art. 75 s'imposait. Sous les deux précédents régimes, l'Empire et la Restauration, l'Administration, image du pouvoir dont elle émanait, s'était montrée autoritaire, oppressive. En outre, il faut le reconnaître — et nous le montrerons — la jurisprudence avait varié sur l'interprétation du texte de l'an VIII. Enfin, les libéraux espéraient réformer une législation qui ne répondait peut-être pas aux

[1] L'acte additionnel du 22 Avril 1815 [titre IV, art. 50] contenait une promesse de réforme de l'art. 75.

nécessités de l'heure présente. Les tribunaux n'inspiraient plus aucune crainte à l'ordre politique. On ne redoutait pas, de leur part, les abus d'ancien régime. L'heure semblait donc venue de frapper un coup décisif. Un moment, la vivacité des discussions parlementaires, l'ardeur que chacun apportait au combat purent faire croire qu'un nouveau système allait naître. Il n'en fut rien. La question portée sur le terrain politique, au lieu de rester dans le domaine du droit, ne fut pas vue sous son véritable aspect. L'intransigeance des adversaires de l'art. 75 n'aboutit qu'au maintien de la législation de l'an VIII.

Avant même 1830, l'abrogation de la garantie administrative faisait partie du programme libéral. Nous trouvons, inscrite dans la Charte de Louis-Philippe (art. 69), la promesse suivante : « Il sera pourvu successivement par des lois séparées, et dans le plus bref délai possible à..... 2° la responsabilité des ministres et autres agents du pouvoir. »

Le délai auquel l'art. précité fait allusion ne fut pas long. Le 3 Décembre 1832, le député Devaux, devançant l'initiative gouvernementale, déposa un premier projet sur le bureau de la Chambre. (1) Ce projet distinguait l'action publique de l'action civile. Pour la première, il divisait les fonctionnaires autres que les ministres en deux classes : d'une part les hauts fonctionnaires à caractère politique (préfets, sous-préfets, maires, adjoints, commandants militaires).

[1] *Archives parlementaires*, t. 78, p. 56 et suivantes.

La loi créait pour eux une procédure spéciale devant la cour royale du ressort dont ils dépendaient : une décision de cette cour devait autoriser l'instruction de l'affaire ; puis le dossier était transmis au ministre qui, dans un certain délai, devait à son tour se prononcer. Il abandonnait le fonctionnaire, ou bien endossait la responsabilité de son acte. En ce dernier cas, ministre et agent pouvaient être traduits conjointement devant la Chambre des Pairs, après autorisation de la Chambre des Députés. — Les fonctionnaires purement administratifs formaient la seconde catégorie ; la procédure à suivre à leur égard était celle du droit commun (c. d'instr. crim., art. 182 et suivants : art. 236 et suivants).

L'action civile, si elle venait en cours avec l'action publique, était suspendue jusqu'après la décision du ministre.

Lorsque l'action civile était relative à un acte émané d'une autorité administrative, elle était en principe irrecevable. Mais ce principe fléchissait, pourvu que la partie demanderesse fît préalablement prononcer la nullité du dit acte par l'autorité administrative supérieure.

Enfin, qu'il s'agit de l'action publique ou de l'action civile, défense était faite aux tribunaux de rien prononcer sur la validité ou l'interprétation d'un acte administratif.

Ce projet fut pris en considération par la Chambre. Le 12 Décembre suivant, le Garde des Sceaux Barthe

en déposa un autre (1) qui reproduisait à peu près le premier, sauf quelques légères modifications de détail. Comme son devancier, il établissait une distinction entre les deux catégories de fonctionnaires dont nous avons déjà parlé. Il supprimait seulement les adjoints de la liste, mais en y faisant figurer les consuls français dans les Echelles du Levant et dans les Etats Barbaresques (art. 42, 43 et 44). L'art. 45 disposait que « dans les autres cas les poursuites dirigées contre les fonctionnaires dénommés en l'art. précédent ne seraient soumises à aucune condition préalable et qu'il y serait procédé conformément aux lois existantes. » On appliquait donc à ces fonctionnaires le droit commun. La même défense était faite aux tribunaux, relativement à l'interprétation des actes administratifs. L'action civile était réglementée d'une manière à peu près analogue à celle du projet Devaux.

L'idée dominante de ces textes est, on le voit, la division des fonctionnaires en deux catégories. Le principe de l'art. 75 ne se trouvait donc pas entièrement aboli par eux ; certains agents bénéficiaient encore d'une autorisation administrative donnée par le ministre, à raison de leur caractère plus particulièrement politique. Enfin, le ministre, s'il déclarait couvrir de son approbation l'acte incriminé devenait, par ce fait même, responsable avec l'agent. Ce système, très net en ce qui concerne les agents de la

(1) *Arch. Parlem.* t. 78. p. 237 et suiv.

seconde catégorie, puisqu'il supprimait toute entrave administrative dans les poursuites, l'était moins pour les fonctionnaires politiques. On peut se demander, en effet, s'il n'eût pas mieux valu éviter toute procédure judiciaire, avant d'en référer au ministre. Pourtant, quelques légères modifications auraient rendu ce système pratique. Il n'avait rien d'exagéré. En distinguant les agents purement politiques des simples administrateurs, le projet proportionnait la responsabilité du fonctionnaire à la liberté dont il jouit. Il restreignait le champ d'application de la garantie administrative ; il en faisait fléchir la rigueur, autrefois justifiée par les circonstances et peut-être excessive à ce moment, mais il ne la supprimait pas ; et le principe de séparation des pouvoirs proclamé par la Révolution restait debout.

La commission parlementaire fut chargée de remanier ce projet. Malheureusement, elle en supprima tous les avantages.

A la Chambre des Députés, la discussion commença le 5 Mars 1835 (1). Le rapporteur Sauzet fut chargé de soutenir le nouveau texte. Voici en quoi il consistait. Il prétendait d'abord abroger l'art. 75 et supprimer toute nécessité d'autorisation préalable, posant ainsi le principe de poursuite directe devant les tribunaux (art. 37 et 38). Il distinguait ensuite les poursuites criminelles des simples actions civiles.

(1) *Archives Parlem.* t. 93, p. 40 et suiv.

A. *Poursuites criminelles.* — Cette matière était traitée dans les articles 39 et 40. Elle donnait lieu à une procédure compliquée et qui comprenait trois phases successives. La fin de chaque phase opposait un nouvel obstacle à la liberté des poursuites.

1° Lorsqu'un fonctionnaire était inculpé d'un acte délictueux ou criminel, le procureur général près la cour d'appel faisait convoquer par le premier président la première chambre de la cour. Celle-ci, après avoir examiné le bien-fondé de l'inculpation, rendait un arrêt autorisant l'information ou déclarant, au contraire, qu'il n'y avait pas lieu de suivre.

2° Si la première décision approuvait la poursuite, le premier président désignait un conseiller pour procéder aux actes d'information préliminaire ; il pouvait aussi se charger lui-même de ce soin. Le magistrat désigné ouvrait donc une information. Mais il ne pouvait décerner contre les fonctionnaires aucun mandat, ni le citer devant lui, à quelque titre que ce fût (art. 39). L'information terminée, le dossier était communiqué au procureur général. Celui-ci fournissait un rapport à la chambre des mises en accusation et la saisissait de l'affaire. Cette chambre rendait alors un arrêt sur les suites qu'il convenait de lui donner.

3° Si la décision ordonnait de continuer la procédure, le procureur général adressait alors au ministre de qui dépendait le fonctionnaire, copie de la plainte ou du procès-verbal et de l'information préli-

minaire. À partir de ce moment commençait à courir un délai de deux mois, pendant lequel on devait surseoir à toutes poursuites. Le ministre pouvait alors opter entre deux partis différents : répondre ou se taire. Son silence équivalait à une approbation ; le fonctionnaire, en ce cas, était déclaré responsable, et la justice suivait son cours. Mais si le ministre couvrait son subordonné, il endossait une part de sa responsabilité ; on pouvait les traduire tous deux conjointement devant la Chambre des Pairs pour y répondre des actes incriminés (art. 40).

B. *Action civile.* — Celle-ci n'était pas plus commode à intenter que la précédente (art. 42 et suiv.). Avant tout, il fallait demander à l'autorité administrative compétente si le fonctionnaire avait excédé ses pouvoirs. Ensuite, l'action devait être soumise, par requête motivée, à la cour d'appel ; après conclusions du procureur général, cette juridiction en autorisait ou en refusait l'exercice.

Si la cour rendait une décision favorable, la loi distinguait alors entre les simples fonctionnaires et les chefs de service ou d'administration. S'agissait-il d'un fonctionnaire subalterne, l'ordonnance de la cour était notifiée dans un délai de quinzaine à l'agent sous l'autorité duquel il se trouvait placé ; cet agent devait viser la notification. Pour les autres fonctionnaires (chefs de service ou d'administration), l'acte incriminé était déféré au ministre compétent par simple requête.

Enfin, dans les deux mois qui suivaient ces forma-

lités, l'agent supérieur pouvait déclarer qu'il couvrait son subordonné ; en ce cas il était seul poursuivi devant la cour d'appel. Si le ministre revendiquait la responsabilité, pour dégager un chef de service ou d'administration, il en était de même : l'inférieur se trouvait à l'abri de toute action ; et le ministre pouvait être traduit devant la Chambre des Pairs, après autorisation de la Chambre des Députés. Au contraire, l'agent supérieur ou le ministre gardaient-ils le silence, ou répudiaient-ils toute solidarité avec le fonctionnaire actionné, le procès se déroulait alors, suivant la forme ordinaire, devant la cour d'appel. L'action se prescrivait par un an.

Telles étaient les dispositions générales du projet. Elles avaient de quoi mécontenter tous les partis. Inacceptables pour des esprits imbus des vrais principes du droit public, elles méconnaissaient celui de la séparation des pouvoirs en permettant à l'autorité judiciaire de connaître des actes administratifs, au moins dans le cas d'action civile seule intentée ; car l'autorité administrative, chargée de décider si le fonctionnaire avait excédé ses pouvoirs sans se préoccuper des suites que pouvait avoir sa réponse, n'empêchait nullement la cour d'appel de statuer sur la recevabilité des poursuites civiles. Au criminel, l'inconvénient subsistait. Avant que le dossier arrivât au ministre, la poursuite avait été l'objet *de deux décisions judiciaires*. Enfin, ne pouvait-on considérer la solidarité du ministre avec son inférieur, lorsqu'il le couvrait, comme un encouragement dangereux à

l'abandon du fonctionnaire ? Et pour obtenir ce résultat, combien d'obstacles ne fallait-il pas franchir, sans parler des longueurs de la procédure ! Supprimer l'art. 75 c'était bien, à la condition de présenter un système meilleur. C'est ici qu'apparaît la cause de l'échec du projet. Comme on va le voir, toutes les discussions qui suivirent furent dominées par la passion politique. Certains arguments de droit y furent développés, sans doute ; mais leur importance resta secondaire, tandis qu'un seul désir animait les libéraux : abroger à tout prix l'art. 75. Etat d'esprit fâcheux. L'article 75 devait donc disparaître ; et le gouvernement, sans la moindre conviction (uous le montrerons plus loin) présentait à la Chambre un projet impraticable.

Le député Vivien, aussitôt la discussion générale close, déposa un amendement qui rétablissait, ou à peu près, le système de l'an VIII. Il ne se dissimulait pas les difficultés qu'il aurait à surmonter. « Contre ma proposition, disait-il, on a une réponse toute faite, qui est acceptée sans examen par beaucoup de bons esprits ; on dit : vous allez faire revivre cet effroyable article 75 ! » Isambert justifiait ces craintes en disant : « Il n'est pas possible qu'après la Révolution de 1830, alors que tout appelle des garanties, on veuille rétrograder jusqu'au point de revenir au système antérieur à la Constitution de l'an VIII ». Odilon Barrot parlait en ces termes : « Ce n'est pas sans peine que je vois déserter une à une toutes les opinions qui formaient en quelque sorte notre religion politique sous la Restauration ». Reli-

gion politique ! ces deux mots suffisent à expliquer l'état des esprits à cette époque.

Voici le texte de l'amendement Vivien, déposé sur le bureau de la Chambre le 24 Mars 1835 et développé le même jour par son auteur :

« Lorsque l'information préliminaire sera terminée, le procureur général en adressera immédiatement copie, ainsi que de la plainte, au ministre auquel ressortira le fait qui aura donné lieu à l'inculpation.

« Il sera sursis à toutes poursuites pendant le délai de deux mois, à partir du jour de la réception des pièces au ministère.

« Dans ce délai, une ordonnance du roi décidera si les poursuites peuvent, ou non, être continuées. Cette ordonnance sera délibérée en Conseil d'Etat, et contresignée par le ministre auquel l'information aura été adressée.

« Si l'ordonnance autorise la continuation des poursuites, ou s'il n'est intervenu aucune ordonnance dans le délai de deux mois, il sera passé outre aux poursuites, et, s'il y a lieu, à la délivrance des mandats contre l'agent inculpé. Il sera procédé conformément aux articles 236 et suivants du Code d'Instruction criminelle, sans préjudice des dispositions des articles 10 et 18 de la loi du 20 Avril 1810. »

Cet amendement était un piège habilement tendu à la Chambre. Une proposition ainsi conçue : « L'article 75 de la Constitution de l'an VIII est maintenu », aurait provoqué des protestations vigoureuses. Au

contraire, les termes que Vivien prétendait substituer à ceux des articles 39 et 40 du projet, semblaient offrir l'avantage d'un système différent de celui de l'an VIII. Au fond, rien n'était changé.

La modification proposée par Vivien supprimait les deux décisions judiciaires, qui, d'après le projet, devaient intervenir avant que le ministre compétent fût saisi. Elle conservait ensuite au Conseil d'Etat le rôle prépondérant qui lui appartenait depuis le commencement du siècle. Enfin, elle déclarait applicables les art. du Code d'Instruction criminelle relatifs à l'instruction et à la mise en accusation, ainsi que les dispositions des art. 10 et 18 de la loi du 20 Avril 1810. Nous connaissons déjà l'art 10 (grands officiers de la Légion d'honneur, généraux, membres de la Cour de Cassation, etc... inculpés de délits correctionnels). Il attribue la connaissance des infractions qu'il prévoit aux cours d'appel. L'art. 18 défère les crimes des personnages visés par l'art. 10 aux cours d'assises.

Comment cet amendement fut-il accueilli ? Le lendemain du jour de son dépôt, le député Vatout, après Vivien lui-même, en fit l'apologie. Il montra le danger qu'il y avait à confondre des pouvoirs dont la séparation s'imposait. Comme aux beaux jours de la Constituante ou de la Convention, il parla de rivalité entre l'Administration et les tribunaux. « Ces deux pouvoirs, dit-il, ont toujours brigué la suprématie l'un sur l'autre, et l'idée de se trouver *a priori* les juges des administrateurs ne sera-t-elle pas considérée pour l'ordre judiciaire comme une sorte de triom-

phe ? » L'orateur insista particulièrement sur le caractère spécial du fonctionnaire, homme soumis au droit commun comme tel, mais aussi détenteur d'une part de puissance publique. La même thèse fut encore soutenue par quelques autres députés. Alors, le rapporteur Sauzet, qui sentait le terrain se dérober, invoqua la liberté des citoyens et les garanties qu'elle réclamait. Mais on voyait déjà la partie compromise. Le Gouvernement, ébranlé par les arguments de ses adversaires momentanés, n'osa pas conserver jusqu'au bout l'attitude qu'il avait prise. A la fin de la discussion, le 25 Mars, le premier ministre de Broglie monta à la tribune et déclara que le Gouvernement, tout en persistant à répudier le système de l'an VIII, croyait, à la suite des observations faites par les divers orateurs, devoir renvoyer le projet à la Commission pour y être amendé. Cette décision causa quelque étonnement parmi les partisans les plus chauds du projet primitif. Et quoi ! le Gouvernement lui-même faisait amende honorable ! Cette façon d'agir, qui prouvait déjà le peu de conviction des ministres en faveur de leur propre système, eût pour résultat de gagner à la cause adverse un certain nombre de députés indécis.

Le lendemain 26 Mars, la Commission présenta donc à la Chambre une rédaction nouvelle des art. 39 et 40. Le nouvel art. 39 supprimait les deux décisions préalables de la cour d'appel. L'art. 40 obligeait le procureur général, une fois l'instruction préliminaire close, à envoyer immédiatement le dossier au ministre compétent, qui statuait dans

les trois mois, au lieu de la cour. Si le ministre abandonnait le fonctionnaire, la justice régulière demeurait saisie. L'instruction se poursuivait jusqu'à l'envoi du dossier à la chambre des mises en accusation. Mais, contrairement à l'ancien projet, à ce moment l'instruction était close et la chambre des mises en accusation examinait simplement la question de savoir s'il fallait renvoyer l'inculpé devant une juridiction ou rendre en sa faveur une décision de non-lieu suivant le droit commun. De plus, la nouvelle rédaction évitait un inconvénient grave du texte primitif. Elle établissait une distinction entre les préfets, sous-préfets et commandants de départements, d'une part, et d'autre part les simples fonctionnaires. Ces derniers, lorsque le ministre prenait la responsabilité de leurs actes, étaient, par ce fait même, déchargés de toute action, contrairement aux dispositions antérieures. Les hauts fonctionnaires précités pouvaient au contraire suivre le sort du ministre compétent devant la Chambre des Pairs.

Le projet, ainsi modifié selon les vues de l'opposition, offrait une grande analogie avec le système de l'an VIII. Une seule chose l'en distinguait : il ne parlait pas du Conseil d'Etat. La querelle qu'on avait cherchée à l'art. 75 se réduisait presque à un jeu de mots. Après que le Président eut donné lecture du nouveau texte, Vivien se déclarant satisfait retira son amendement et se rallia à la rédaction proposée. Mais, en revanche, il y eût de nombreux mécontents. Le député Dugabé combattit l'œuvre de la Commission, la traitant même de mensonge, de faillite aux

promesses de la Charte (art. 69). C'est alors que Thiers, ministre de l'Intérieur, vint affirmer la nécessité d'une protection pour les agents du Gouvernement ; en plusieurs endroits de son discours, il montra sa préférence pour le système de l'an VIII, et se fit le défenseur de l'art. 75. « J'aurais manqué à tous mes devoirs de ministre de l'Intérieur si j'avais consenti à l'abrogation de l'art 75, sans une garantie nouvelle, réelle et efficace. » Cette garantie, l'orateur la voyait dans l'examen du fait par le ministre et dans la substitution de sa responsabilité à celle de l'agent. Avec le système de l'an VIII, une fois l'autorisation refusée par le Conseil d'Etat, le fonctionnaire était soustrait à toute poursuite. Dans le nouveau projet modifié, il y avait toujours une personne responsable en fin de compte ; à défaut de l'agent, c'était le ministre. Thiers, en défendant ce système, ne cachait pas les craintes que lui inspirait son application dans l'avenir ; d'une façon manifeste, il regrettait encore l'art. 75 et disculpait le Conseil d'Etat des accusations dont ce corps était l'objet. « Dites-nous dans quelles circonstances on a eu à se plaindre de l'exécution de cet article », disait-il. « Jamais le Conseil d'Etat n'a refusé les poursuites quand elles étaient motivées par des faits. Lorsqu'un agent du pouvoir a concussionné, extorsionné ou violé les lois électorales, jamais l'autorisation de poursuivre n'a été refusée. » Mais l'orateur ne se dissimulait point le danger du projet, si les dispositions premières eussent été maintenues : on ne pouvait, dans tous les cas où le ministre acceptait la responsabilité,

poursuivre avec lui devant la Chambre des Pairs les fonctionnaires purement administratifs. Ce n'était là qu'un principe, bon en soi, mais qui, en pratique, exigeait des tempéraments. Thiers motivait alors la distinction établie dans la nouvelle rédaction entre les préfets, sous-préfets, commandants militaires d'une part et les autres agents ; il l'appuyait de deux raisons principales : poursuivre, dans tous les cas, avec le ministre, les moindres fonctionnaires incriminés eût entraîné pour la Chambre des Députés d'abord, pour la Chambre des Pairs ensuite, des pertes de temps considérables. Ce système était donc inadmissible. De plus, les agents purement administratifs, n'étant pas sous les ordres immédiats du Gouvernement, la compétence des tribunaux ordinaires était la plus avantageuse, à tous les points de vue, lorsqu'il s'agirait de les poursuivre. Au contraire, les préfets, sous-préfets, commandants militaires relevaient du ministre seul ; leurs fonctions étaient purement politiques ; il semblait donc naturel de renvoyer les poursuites intentées contre eux devant la Chambre des Pairs, après autorisation de la Chambre des Députés. Voici dans quels termes l'orateur acheva son discours : « Dès l'instant que vous voulez abolir l'art. 75, il n'y avait qu'un système possible, celui de faire tout peser sur la responsabilité ministérielle ; mais, sous peine d'avoir un système ridicule, il ne fallait appeler ici que des agents politiques, et laisser en dehors les agents purement administratifs. Pour ceux-ci, je crois que le Conseil d'Etat eût été une bonne juridiction. On n'en a pas voulu ; j'ai

adhéré à l'opinion générale. Sous ce rapport, je le répète, ou il faut rentrer dans l'art. 75, ou il faut adopter le système du Gouvernement et faire la distinction que j'ai déjà signalée à la Chambre ». De telles paroles se passent de commentaire. Thiers, de la façon la moins équivoque, montrait le fond de sa pensée, et, sans doute aussi, de la pensée du Gouvernement tout entier. Après lui, Dufaure demanda le retour pur et simple au projet primitif, donnant à la juridiction ordinaire le droit de déclarer qu'il y avait lieu, ou non, à poursuite.

Les 30 et 31 Mars, la discussion continua, très confuse. Il y eut de nombreux amendements et sous-amendements proposés. On les rejeta après un échange de longues observations. Pourtant, l'article 39 (nouvelle rédaction) fut adopté. Il prescrivait, on se le rappelle, au procureur général, près la cour d'appel du ressort de l'agent inculpé, de requérir du premier président la désignation d'un membre de la cour pour procéder à une information préliminaire, sans qu'il fût besoin d'aucune décision judiciaire préalable. Par le vote de cet article, le principe de séparation des pouvoirs était donc respecté. Il semblait dans ces conditions que le reste du projet dût être adopté. Mais un coup de théâtre se produisit soudain, qui renversa toutes les prévisions. Le député Agier vint déclarer à la tribune qu'il reprenait, en son nom, l'amendement abandonné quelques jours avant par Vivien ; la suite de son discours ne fut qu'une apologie de l'art. 75. Le Garde des Sceaux Persil tenta de fournir alors un suprême argument à l'appui

du projet, disant que, quoi que l'on fît, l'art. 75 ne pouvait être maintenu. Il en donna les raisons suivantes : Sous le régime de l'an VIII, le Conseil d'Etat était *constitutionnellement constitué* et pouvait rendre les *décisions* irresponsables que lui demandait l'art. 75, en matière de poursuites contre les fonctionnaires. Aujourd'hui, continuait le ministre, le Conseil d'Etat n'est plus constitutionnellement constitué comme autorité capable de rendre, par elle-même, une décision. Le Conseil d'Etat n'est appelé qu'à donner son avis. Donc, le projet soumettait les poursuites à une autorisation administrative, non émanée du Conseil d'Etat, mais du ministre seul, qui par là-même pouvait se déclarer responsable. « Si, par un amendement quelconque, l'avis du Conseil d'Etat était exigé, ce ne serait pas une décision, mais un simple avis adopté par un ministre. » Ce raisonnement ne convainquit pas la Chambre. Le lendemain, 1er Avril, l'amendement Agier-Vivien, mis aux voix, fut adopté et devint l'art. 40. On revenait au système de l'art. 75. Dès lors, un seul parti s'offrait à la commission : retirer ce qui restait de son projet, le remettre sur le métier et le rendre conforme aux principes affirmés par la Chambre.

L'amendement Agier-Vivien étant relatif à l'action criminelle seule, le reste du projet s'occupait de l'action civile. La commission s'inclina donc devant les volontés de la Chambre et, le lendemain 2 Avril, elle présenta les articles 42, 43 et suivants, refondus. Voici quel en était l'esprit : Tout particulier lésé par un acte de fonctionnaire commis dans l'exercice de

ses fonctions pouvait intenter contre lui une action civile en réparation. Mais lorsque le dommage résultait d'un acte d'administration, l'action ne pouvait être intentée qu'après annulation de l'acte. Pour les autres cas, l'affaire était soumise au roi qui rendait une ordonnance, sur avis du Conseil d'Etat, autorisant les poursuites civiles ou refusant cette autorisation. L'action était portée devant la cour d'appel.

On le voit, le système de l'autorisation préalable et gouvernementale triomphait en fin de compte.

Dans la même séance, le 2 Avril 1835, l'ensemble de la loi fut adopté.

Le projet ainsi voté par la Chambre des Députés ne vint en discussion qu'un an plus tard à la Chambre des Pairs. Nous ne suivrons pas les divers orateurs qui prirent part au débat. Aucun d'eux ne proposa de système nouveau dans l'ensemble. Les modifications ne portèrent que sur des points de détail. (1) Il fut décidé notamment que le magistrat chargé de l'information préliminaire ne pourrait décerner contre l'agent inculpé aucun mandat, ni le citer devant lui à quelque titre que ce soit, *sauf le cas de flagrant délit* (art. 40). Cette restriction à la règle générale posée par la Chambre des Députés, prenait motif, aux yeux de ses auteurs, de l'ordre public. De plus, le ministre auquel ressortissait l'acte de l'agent, ne recevait plus seul copie de la plainte. La Chambre des Pairs jugea bon d'en donner également connais-

[1] V. *Moniteur*. Séances des 16, 19 et 20 Avril 1836.

sance au Garde des Sceaux (art. 41). Le ministre de la Justice devait encore, dans le texte modifié par la Chambre Haute, contresigner l'ordonnance royale d'autorisation des poursuites ; auparavant, dans le projet Vivien, ce soin incombait au ministre chef hiérarchique de l'agent inculpé. Enfin, le délai de deux mois pendant lequel on devait surseoir aux poursuites, pour laisser au Gouvernement le temps de se prononcer, fut porté à trois mois. Quant à l'action civile, son exercice, à part quelques remaniements, était réglementé conformément au système admis par la Chambre des Députés.

Ces longs débats parlementaires n'eurent aucun résultat positif. Les choses demeurèrent en l'état ; les textes votés ne furent pas érigés en loi et l'art. 75 resta debout. Bien plus, il semble que la cause libérale, celle des tribunaux juges de droit commun en matière de responsabilité des agents du pouvoir, maladroitement défendue par ceux qui s'en étaient faits les champions, ait perdu de son prestige, après les discussions qu'elle avait provoquées. L'article 75 présentait, sans doute, un inconvénient grave, celui de mettre les droits de la société et des citoyens lésés par un acte de fonctionnaire, à la discrétion de l'autorité administrative et gouvernementale. Il faut reconnaître, d'autre part, que soustraire tous les actes de fonctionnaires à l'appréciation administrative, eut été excessif. Le juste milieu entre ces deux opinions radicales consistait à distinguer les agents purement politiques de ceux à caractère simplement administratif. Cette distinction existait dans le projet Devaux

et dans le projet gouvernemental primitif (1832) ; Thiers, on l'a vu, l'avait appuyée de son autorité. Son échec fut, on peut le dire, celui de la cause libérale elle-même.

Jusqu'en 1848, le silence se fit sur cette question. Mais elle reparut une fois la République proclamée. Un des premiers soins de l'Assemblée Nationale fut de nommer une commission chargée d'élaborer un projet de loi. Le 28 Février 1849, M. Crémieux, rapporteur, présenta ce projet à l'Assemblée ; il règlementait la responsabilité du Président de la République, des ministres, et *des autres dépositaires ou agents de l'autorité publique.* (1) La dernière partie du projet nous intéresse seule.

Comme les auteurs des projets primitifs de 1832 qui proposaient un système mixte pour remplacer l'art. 75, système fondé sur une distinction entre les fonctionnaires politiques et les fonctionnaires administratifs, les auteurs du projet de 1849 avaient compris que le seul moyen de faire aboutir leur réforme était d'adopter eux aussi cette distinction générale. Dans son exposé des motifs, M. Crémieux fit d'ailleurs preuve d'une grande modération. Il reconnaissait la nécessité d'une garantie ; ce qu'il voulait, c'était une garantie moins oppressive pour les citoyens et la société. Le besoin d'une loi nouvelle, disait-il en substance, est venu de la crainte de ne pouvoir, avec l'art. 75, limiter le nombre des agents bénéficiaires de ses dispositions.

[1] *Moniteur*, 1849, 1er semestre, p. 786 et suiv.

Voici en quoi consistait le projet. Pour l'action criminelle, il distinguait les fonctionnaires en deux catégories. La première comprenait les préfets et sous-préfets, les maires et adjoints en tant qu'administrateurs, les consuls et vice-consuls, les gouverneurs de colonies et commandants des établissements français hors le continent, les commandants militaires pour la sûreté intérieure de l'Etat, le préfet de police et les commissaires généraux de police (art. 52). Les auteurs du projet considéraient comme tellement étroite la dépendance de ces fonctionnaires vis-à-vis du gouvernement, qu'ils établissaient à leur profit une procédure de garantie spéciale. Cette garantie était organisée de la façon suivante : Dès qu'une plainte ou une dénonciation contre un de ces agents arrivait au Parquet, le procureur général en donnait connaissance au fonctionnaire et au ministre dont il dépendait, puis requérait de la Cour d'Appel une information préliminaire ; cette information devait être terminée dans le délai d'un mois. De plus, aucun mandat ne pouvait être décerné contre l'inculpé, aucune citation ne pouvait lui être signifiée, sauf le cas de flagrant délit (art. 53). L'information préliminaire close, la Cour pouvait décider qu'il n'y avait pas lieu de suivre. Dans le cas contraire, le procureur général envoyait le dossier au président du Conseil d'Etat, qui saisissait de l'affaire le comité du contentieux. A dater de ce moment, un délai de deux mois commençait à courir, pendant lequel il était sursis à toutes poursuites judiciaires (art. 54).

La procédure du projet de 1849 n'offre, on le voit,

jusqu'ici rien de bien nouveau. Mais les art. 55, 56 et suivants contenaient une véritable innovation. Un débat s'ouvrait au Conseil d'Etat ; ce débat devait être *public*, et les parties pouvaient y prendre part. Rien de semblable, on se le rappelle, ne figurait aux divers projets discutés sous le régime précédent. D'abord, le dossier allait au ministre compétent, qui statuait, sans prendre l'avis du Conseil d'Etat. L'amendement Vivien, il est vrai, avait prescrit une ordonnance royale, contresignée par le ministre et délibérée en Conseil d'Etat ; mais pas plus que dans le projet gouvernemental, le débat n'était public. L'innovation de 1849 constituait donc un progrès. Les décisions rendues n'étaient, d'ailleurs, susceptibles ni de recours, ni d'opposition. Sur quoi portait le débat au Conseil d'Etat ? Sur deux questions : 1° l'acte constitue-t-il un excès de pouvoir ou une violation de la loi ? 2° cet acte est-il personnel au fonctionnaire, ou bien celui-ci a-t-il agi en vertu d'ordres légaux et réguliers de l'administration supérieure ? (art. 57). — La première question était, évidemment, la plus délicate à résoudre. De sa solution dépendait la suite à donner à l'affaire. Si donc, le Conseil d'Etat répondait négativement à cette première question, il n'y avait plus motifs de poursuite, et la deuxième question ne se posait pas (art. 58). Dans le cas contraire, le Conseil d'Etat examinait le point de savoir si l'acte était bien personnel à l'agent. Si la réponse était affirmative, la Cour d'Appel du ressort de l'agent était saisie, et les poursuites avaient lieu conformément aux art. 479 et 483 du Code d'Instruc-

tion criminelle. Mais, au contraire, l'agent avait-il agi en vertu d'ordres légaux et réguliers de l'administration supérieure, cette fois l'agent supérieur qui avait donné les ordres endossait la responsabilité ; si les ordres émanaient directement du ministre, l'Assemblée Nationale était appelée à statuer sur son cas. Néanmoins, l'agent exécuteur de l'ordre *pouvait* être poursuivi conjointement avec son chef, comme co-auteur ou complice (art. 59 et 60).

Cette partie du projet paraissait donc répondre au besoin signalé par M. Crémieux dans son exposé des motifs : limiter le nombre des agents bénéficiaires de la garantie administrative. Le système était, au fond, analogue à celui de l'art. 75, mais avec plus de garanties pour les parties lésées ; il avait surtout, à notre avis, le grand avantage de mettre absolument en dehors de l'autorisation préalable tout fait de fonctionnaire qui n'était pas vraiment relatif à ses fonctions, par exemple les crimes et délits de droit commun. Pour ces sortes d'infractions, la question ne se posait même pas devant le Conseil d'Etat.

Quant aux agents autres que ceux énumérés dans l'art. 52, la seconde partie du projet distinguait suivant la personne plaignante. La plainte émanait-elle du chef de l'administration à laquelle appartenait le fonctionnaire ? En ce cas, on appliquait purement et simplement les règles du droit commun (art. 182 et suiv., 236 et suiv. C. I. crim.). Le projet supprimait donc ici toute garantie : la distinction entre le fait relatif aux fonctions et l'infraction ordinaire disparaissait complètement. Mais un reste de garantie

réapparaissait au cas ou la plainte émanait d'un simple particulier ou d'un rapport de police quelconque. Cette plainte était alors communiquée à l'agent qui en faisait l'objet et au directeur administratif sous l'autorité duquel il se trouvait placé. De plus, comme pour les fonctionnaires de la première catégorie, le procureur général près la cour d'appel requérait une information préliminaire ; et, cette information close, la cour pouvait décider qu'il n'y avait pas lieu de suivre. Sauf le cas de flegrant délit, aucun mandat ne pouvait être décerné contre l'inculpé, ni aucune citation à lui signifiée, qu'après une ordonnance de mise en accusation (art. 62 et 63). Cette différence de traitement, suivant que la plainte émanait du chef de l'agent ou d'un simple citoyen, pouvait constituer, aux yeux de bien des gens, surtout à l'époque où le projet fut présenté, une grave imperfection. Elle entraînait une sorte de présomption d'infaillibilité en faveur de l'administration, tandis qu'elle manifestait la méfiance de la loi vis-à-vis des particuliers.

Les art. 64 et 65 réservaient à l'appréciation de l'autorité compétente les actes administratifs auxquels se rattachaient les faits incriminés et dont la validité était contestée ; les poursuites étaient suspendues jusqu'après la décision de cette autorité. L'examen de ces actes appartenait, en ce cas, au conseil de préfecture ; l'appel était porté au Conseil d'Etat. Rien, enfin, n'était changé aux modes particuliers de poursuite contre les officiers de police judiciaire ou les agents accusés de perceptions illégales.

Tel était, dans le projet de 1849, la réglementation de l'action criminelle. En ce qui concerne l'action civile, toute distinction disparaissait entre les catégories de fonctionnaires. L'art. 68 décidait qu'elle pouvait toujours être intentée pour « faits ou actes émanés d'un fonctionnaire ou d'un agent dans l'exercice de ses fonctions ». Mais auparavant, la partie lésée devait, aux termes de l'art. 65, faire décider par l'autorité compétente que l'agent où le fonctionnaire attaqué avait excédé ses pouvoirs, ou que l'acte administratif incriminé était illégal. L'action civile (art. 69) était portée directement devant la première chambre de la cour d'appel ; la partie lésée et l'agent inférieur déclaré civilement responsable pouvaient, la première, actionner en même temps le fonctionnaire supérieur, l'autre le mettre en cause.

Nous avons déjà signalé quelques-uns des principaux avantages et inconvénients de ce projet. Il présente encore un défaut : son manque de précision dans la terminologie. Il emploie concurremment les termes « fonctionnaire » et « agents » du pouvoir. Veut-il entendre, par fonctionnaires, ceux de la première catégorie, et par agents, ceux de la seconde ? Ce sont là, sans doute, des termes qu'il est permis d'employer indifféremment en général ; mais un texte demande une précision toute particulière. Le projet ne parle aussi que de l'action civile principale ; il est muet sur l'action civile accessoire à une poursuite criminelle.

Le projet Crémieux n'eut pas de suite immédiate. Repris en 1850, il ne fut jamais érigé en loi.

On le voit donc, l'évolution signalée au début de cette étude dans les idées relatives à la responsabilité des fonctionnaires et au pouvoir judiciaire, continuait sa marche. Les textes n'en restaient pas moins immuables, et la jurisprudence du second Empire n'allait pas peu contribuer à accuser encore davantage ce caractère d'immutabilité dans un principe purement circonstanciel, à l'origine du droit public de la Révolution.

PREMIÈRE PARTIE

De 1789 à 1870

Section II

La Jurisprudence. Domaine de l'article 75

CHAPITRE PREMIER

Des Agents du Gouvernement

Sont d'abord agents du Gouvernement les fonctionnaires prévus par les textes déléguant aux Administrations supérieures le pouvoir d'autorisation dévolu au Conseil d'Etat par l'art. 75. Définitions données de l'agent du gouvernement par la Cour de Cassation, en 1807, en 1831, en 1838. Ces définitions sont de plus en plus larges : il faut, suivant la dernière, être dépositaire d'une partie d'autorité du gouvernement, agir en son nom, sous sa direction médiate ou immédiate, et faire partie de la puissance publique. — Applications de cette définition par la Cour de Cassation elle-même. Arrêt du 7 Janvier 1843 (Hourdequin). Arrêt du 7 Mai 1846 (Regnault). — Liste d'après la jurisprudence des agents du gouvernement ; les militaires, les professeurs de l'Etat en sont exclus.

Dans la loi constitutionnelle du 22 Frimaire an VIII, l'article 75 dispose ainsi qu'il suit : « Les agents du gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis, pour des faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une décision du Conseil d'Etat ; en ce cas, la poursuite a lieu devant les Tribunaux ordinaires. » Ce texte, fort simple en apparence, a donné lieu aux plus ardentes controverses. Les principales ont eu pour objet les trois questions suivantes : que faut-il entendre par agents du gouvernement

autres que les ministres ; que faut-il entendre par faits relatifs aux fonctions ; de quelles poursuites veut parler l'art. 75, des poursuites criminelles seules ou de l'action civile avec elles ? Nous allons examiner tour à tour comment la jurisprudence a résolu ces diverses difficultés.

Quels sont donc les agents du gouvernement, autres que les ministres ? Remarquons d'abord l'expression particulière dont se sert le législateur de l'an VIII. Il n'emploie pas les mots *fonctionnaires ;* mais il parle des agents du gouvernement. En effet, si l'on peut, à la rigueur, considérer tous les agents du gouvernement comme fonctionnaires, la réciproque n'est pas vraie. Les termes de l'art. 75 semblent viser uniquement les personnes qui représentent le gouvernement et la puissance publique auprès des administrés, ceux qui, par les pouvoirs à eux délégués, sont capables de faire peser sur les citoyens les prérogatives dont ils jouissent. Prenons un exemple. Un préfet et un chef de division de préfecture collaborent à la rédaction d'un arrêté. Quel est, de ces deux hommes, l'agent du gouvernement ? Sans aucun doute, le préfet. C'est lui qui signe l'arrêté. La personnalité du chef de division ne franchit pas les murs de la préfecture. Si l'arrêté tombe sous le coup de poursuites criminelles ou civiles, ces deux fonctionnaires vont-ils être également protégés par la garantie de l'art. 75 ? Voilà la question. De la façon dont on peut y répondre dépend le bon usage ou l'abus du texte. Qu'on se rappelle l'esprit de la législation révolutionnaire ; elle faisait défense aux tribunaux de citer

devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. C'était donc l'Administration que ces lois voulaient protéger, bien plus que ses représentants. La constitution de l'an VIII ne paraît pas avoir poursuivi d'autre but. Mais il est, d'autre part, assez difficile de bien distinguer l'homme privé dans le fonctionnaire. Si donc, on déclare tous les fonctionnaires agents du gouvernement et protégés à ce titre par la garantie, on s'expose à soustraire aux sanctions normales, des infractions dont le caractère administratif sera plus que douteux. Il en résultera de fâcheux abus.

Si nous nous reportons aux textes, nous constatons qu'un certain nombre de fonctionnaires formellement désignés entrent dans la catégorie des agents du gouvernement. Ce sont ceux prévus par les arrêtés ou décrets déjà étudiés, et qui confèrent aux chefs de certaines administrations le droit d'autorisation préalable attribué part l'art. 75 au Conseil d'Etat. Pour eux, la garantie administrative est certaine, malgré la substitution opérée. Ces fonctionnaires sont les agents de l'administration des domaines et des postes (arrêtés du 9 Pluviôse an X), les percepteurs (10 Floréal an X), les agents forestiers (28 Pluviôse an XI), les proposés des douanes (29 Thermidor an XI), les préposés de la régie des contributions indirectes (décret 28 Messidor an XIII), ceux de l'administration des poudres et salpêtres (décret 28 Février 1806). Mais, ces précisions faites, le texte de l'article 75 demeure tout aussi vague et obscur. La jurisprudence l'a interprété de façons diverses. En plusieurs de ses

arrêts, la Cour de Cassation a défini l'agent du gouvernement, d'une façon générale ; en quelques autres, elle a mis ses doctrines en pratique. Nous allons étudier les plus importantes de ces décisions.

La Cour suprême définit l'agent du gouvernement dans trois arrêts principaux. Le premier en date (1) est du 26 Décembre 1807. Il s'agissait, en l'espèce, d'un greffier de justice de paix, prévenu de délits relatifs à l'exercice de ses fonctions et contre lequel un mandat d'arrêt avait été décerné. La cour de justice criminelle compétente, faisant droit à la demande du greffier, avait déclaré nul le mandat, comme rendu en violation de l'art. 75. L'arrêt de cette juridiction prenait motif de ce que les greffiers, nommés par l'Empereur, étaient agents du gouvernement et protégés par la garantie ndministrative ; il considérait l'art. 75 comme applicable à tous les fonctionnaires, sans exception. Le procureur général se pourvut contre cette décision. La Cour de Cassation jugea comme suit : « Attendu, dit-elle, que les greffiers des tribunaux ne sont pas des agents du gouvernement dans le sens de l'article 75, *qui ne s'entend et ne peut s'entendre que des fonctionnaires publics qui sont tellement sous la dépendance du gouvernement, qu'ils ne peuvent jamais avoir, dans l'exercice de leurs fonctions habituelles et journalières, d'autre opinion que la sienne, ni tenir une conduite opposée à celle qu'il leur trace, soit par lui-même, soit par ses agents*

[1] V. *Bulletin de Cassation criminelle,* 1807, page 518.

supérieurs;.... que s'il en pouvait être autrement, et que la nomination de l'Empereur fît des greffiers des tribunaux des agents du gouvernement dans le sens de l'art. 75, il faudrait également dire que les notaires, les huissiers et tous les autres fonctionnaires nommés par Sa Majesté seraient de même des agents du gouvernement dans le sens de cet article ; que cependant jamais aucun tribunal n'a encore imaginé jusqu'ici de faire application de l'art. 75 aux notaires, huissiers et autres fonctionnaires à la nomination du gouvernement, prévenus de crimes, parce que *l'on a bien senti qu'il n'y avait pas pour eux les mêmes motifs que pour les véritables agents du gouvernement, puisqu'ils étaient en tout maîtres de leurs actions en se conformant aux lois comme les autres citoyens;...* par ces motifs, la Cour... casse et annule l'arrêt de la Cour de justice criminelle. »

Reprenons les termes de cette décision. Sont agents du gouvernement les fonctionnaires qui se trouvent placés sous la dépendance du gouvernement, de façon si étroite, qu'ils ne peuvenf avoir, dans leurs fonctions, d'autre opinion que la sienne, ni tenir une conduite contraire à celle qu'il leur trace, soit par lui-même, soit par ses agents supérieurs. Ne peuvent donc être considérés comme tels *ceux qui sont maîtres de leurs actions en se conformant aux lois comme tous les autres citoyens.* Une telle définition possède au moins le mérite d'être claire. Après avoir montré l'étroitesse du lien qui rattache au gouvernement ses agents administratifs et politiques, elle propose un critérium pour aider à le découvrir. Ce

critérium c'est *l'ordre* administratif qui peut changer avec les circonstances, et qui se *distingue nettement de la loi ou du règlement*. Les citoyens sont libres, dans les limites fixées par les lois ; ils sont libres parce que la loi qui règle leur conduite est naturellement *stable*. Connaissant ce qui est défendu pour tous les hommes et d'une façon permanente — c'est-à-dire par la loi — le citoyen ordinaire n'a besoin d'aucun ordre pour régir ses actes ; sa conscience doit lui suffire ; il est libre et, partant, responsable. Au contraire, celui qui reçoit des ordres avant d'agir et doit y conformer sa conduite ne saurait être rendu responsable de leur stricte exécution, n'étant pas libre. Les agents du gouvernement rentrent donc dans cette dernière catégorie, d'après l'arrêt de 1807 ; et seront désormais considérés comme tels tous les fonctionnaires, qui, dans l'exercice de leurs fonctions « habituelles et journalières », doivent obéir à des ordres hiérarchiques au lieu de se conformer simplement à des dispositions légales ou réglementaires, que ces instructions soient d'ailleurs données à l'agent par le gouvernement lui-même ou par d'autres agents intermédiaires.

Cette définition a pour elle toute la rigueur de la logique. Elle restreint singulièrement la portée de l'art 75 et l'on ne peut certainement voir en elle un encouragement aux interprétations abusives.

Mais la Cour suprême semble l'avoir élargie dans la suite, Une décision du 23 Juin 1831 (1) en fait foi.

(1) V. *Bulletin de cassation criminelle*, 1831, p. 258.

La personne objet du pourvoi ne pouvait évidemment gagner sa cause, à raison de son caractère sacerdotal. Les prêtres n'ont, en effet, jamais passé pour de véritables fonctionnaires. L'arrêt de cassation n'en est pas moins contestable, à certains égards. La cour royale de Paris, chambre des mises en accusation, avait rendu un arrêt de sursis sur la prévention établie contre un prêtre. La cour fondait sa décision sur ce que les prêtres, salariés du gouvernement et obligés au serment, étaient fonctionnaires publics, et qu'en conséquence la garantie de l'art. 75 les protégeait. Sur pourvoi du procureur général, un arrêt fut rendu, dont voici les motifs principaux : « Considérant que les *agents du gouvernement* dont parle l'art. 75 de la constitution de l'an VIII, *sont ceux qui, dépositaires d'une partie de son autorité, agissent directement en son nom, et font partie de la puissance publique ;* considérant que les ministres des cultes ne sont pas dépositaires de l'autorité publique, qu'ils n'agissent pas au nom du prince et ne sont pas ses agents directs ; ..... par ces motifs, la cour casse et annule etc... »

Il est facile d'apprécier la différence qui existe entre cet arrêt et le précédent. Ne rentrent plus dans la catégorie prévue par l'art 75 les seuls agents qui ne peuvent tenir dans leurs fonctions une conduite contraire à celle que le gouvernement leur trace, mais encore ceux qui agissent *directement* en son nom et participent de la puissance publique. Or, agir, même directement, au nom de quelqu'un, n'implique pas nécessairement l'obéissance à des

instructions impératives et détaillées, variables avec les circonstances. Dans la définition du premier arrêt, comme dans la seconde, le lien qui unit le gouvernement à ses agents présente une grande analogie avec le mandat du droit privé. Mais le mandat, donné par une personne à une autre, peut être large ou étroit. La définition émanée de la Cour suprême, en 1831, s'applique à un plus grand nombre d'agents que la précédente, malgré le correctif qu'elle contient : « et participant de la puissance publique ». Pourtant, elle présente encore un caractère de rigueur relative, si on la compare à celle qui suivit et qui fut donnée par la même juridiction quelques années plus tard, le 3 Mai 1838. (1) Comme dans les espèces précédentes, le procureur général près la cour de Poitiers s'était pourvu contre un arrêt de cette cour, surséant à statuer sur des poursuites dirigées contre deux membres de conseil de fabrique, pour défaut d'autorisation préalable. « Attendu, dit la juridiction suprême, *qu'on ne doit considérer comme agents du gouvernement que ceux qui, dépositaires d'une partie de son autorité, agissent en son nom et sous sa direction médiate ou immédiate et font partie de la puissance publique;*..... que l'administration des membres des conseils de fabrique, toute intérieure, est entièrement étrangère à l'action du gouvernement, qui n'a avec elle d'autre rapport que celui qu'il exerce sur elle, etc.....; par ces motifs, la cour casse et annule..... » Voilà une définition singulièrement

(1) V. *Bulletin de Cassation Criminelle.* — 1838. — p. 178.

flexible. Elle reproduit celle de 1831; comme cette dernière, elle exige que les agents du gouvernement soient dépositaires d'une partie de son autorité, agissent en son nom et participent de la puissance publique. Mais elle s'en distingue en ce qu'elle supprime le mot « *directement* » et en ce qu'elle ajoute « *et sous sa direction médiate ou immédiate* ». Il n'est plus nécessaire, désormais, pour bénéficier de la garantie administrative, de recevoir les instructions du gouvernement lui-même. Les deux précédentes définitions limitaient les agents gouvernementaux, l'une (celle de 1807) aux fonctionnaires politiques, l'autre, plus large, aux chefs des services administratifs. Il restait encore une grande catégorie d'agents justiciables des tribunaux ordinaires. Ce nombre diminue, du fait même du nouvel arrêt. Tout individu, dépositaire d'une partie de l'autorité gouvernementale, participant de la puissance publique et agissant en son nom, sera protégé par l'art. 75, pourvu qu'il soit placé sous la direction *médiate* du gouvernement. La plupart des fonctionnaires rempliront ces conditions.

La jurisprudence étant ainsi fixée, on a pu dresser une liste des divers agents compris par la dernière définition. Nous allons examiner maintenant, dans quelques espèces particulières, comment la Cour de Cassation a mis en pratique sa propre doctrine.

Un de ses arrêts les plus célèbres à ce point de vue est celui qu'elle rendit, le 7 Janvier 1843 (1), dans l'affaire Hourdequin.

1) Dalloz, J. G. 1843 — 1 — 41.

Le sieur Hourdequin, chef de bureau à la préfecture de la Seine, avait été traduit en cour d'assises, et condamné par application de l'article 177 du Code pénal relatif à la corruption des fonctionnaires. Il se pourvoit devant la Cour de Cassation contre cet arrêt, appuyant son pourvoi sur plusieurs moyens dont voici le principal : L'art. 177 du Code pénal, disait-il, a été faussement interprété par la cour d'assises. Il vise en effet « tout fonctionnaire public, de l'ordre administratif ou judiciaire, tout agent ou préposé d'une administration publique, qui aura agréé des offres ou promesses, etc .. » Or, l'art. 75 de la constitution de l'an VIII a institué une garantie administrative pour les fonctionnaires. Dans ces conditions, comme la cour d'assises a refusé de nous compter au nombre de ces agents bénéficiaires de la garantie, nous ne saurions, en aucune façon, relever de l'article 177 du Code pénal, n'étant pas fonctionnaire. Si, d'autre part, l'art. 75 nous est applicable, la cour d'assises nous a condamné sans droit, puisque le Conseil d'Etat n'a pas été saisi. — Le procureur général Dupin, dans ses conclusions, réduisit ce raisonnement à sa valeur en montrant que l'art. 75, bien qu'inapplicable à Hourdequin, laissait pourtant subsister en lui la qualité de préposé d'une administration publique, exigée par l'art. 177 du Code pénal. La Cour rendit un arrêt conforme à l'opinion du ministère public et rejeta le moyen invoqué. « Attendu : 1° que le demandeur a été déclaré coupable dans des termes littéralement conformes à ceux de l'article 177 du Code pénal, dont la disposition lui a été, dès lors,

légalement appliquée ; que, d'ailleurs, en remontant à l'acte d'accusation et à l'arrêt de renvoi, pour y rechercher la qualité attribuée au demandeur, qui est celle de chef de bureau de la voirie à la préfecture de la Seine, *on doit reconnaître que le dit art. 177 lui était parfaitement applicable ; que les préfectures sont des administrations publiques ; que les chefs de bureau en sont des agents ou préposés ; qu'ils y remplissent des fonctions importantes, puisqu'ils sont chargés de préparer les décisions du préfet ;* Attendu : 2° *que les Chefs de bureau des préfectures, quoique agents ou préposés d'une administration publique, ne sont point agents du gouvernement et n'ont point droit à la garantie de l'article 75 de l'acte constitutionnel du 22 Frimaire an* VIII, *etc..... Rejette* ».

De cette décision, nous devons surtout retenir que les agents intérieurs des administrations, les simples préposés qui préparent seulement les décisions, bien que fonctionnaires, ne sont pas agents du gouvernement, au sens de l'art. 75. Cette solution est en conformité parfaite avec la définition la plus récente à cette époque de la Cour suprême, celle du 3 Mai 1838. Des trois qualités exigées par elle (être dépositaire d'une part de l'autorité publique, faire partie de la puissance publique, agir au nom du gouvernement d'une façon médiate ou immédiate), les simples préposés, les agents internes des administrations réalisent seulement la dernière ; ils agissent au nom du gouvernement, sous sa direction médiate, mais ils ne sont dépositaires d'aucune portion de son autorité et ne

participent pas davantage de la puissance publique. Leur exclusion du bénéfice de la garantie n'a donc rien de surprenant.

Un autre arrêt du 7 Mai 1846, (1) rendu lui aussi par la Cour de Cassation, confirme encore la même doctrine. Le sieur Regnault, préposé d'un pont à bascule, condamné une première fois pour outrages par le tribunal correctionnel de Neufchâtel, et, sur appel de sa part, condamné à nouveau, s'était pourvu contre cette décision devant la Cour suprême. Celle-ci lui donna gain de cause en jugeant que les préposés des ponts à bascule étaient agents du gouvernement, comme : 1° désignés par lui pour exercer une portion quelconque d'autorité publique ; 2° faisant partie de la puissance publique et ayant le droit de requérir la force publique soit pour leur protection personnelle, soit pour la suite à donner à leurs procès-verbaux ; 3° placés sous la direction médiate ou immédiate du gouvernement, puisqu'ils étaient sous la dépendance du ministre des travaux publics.

Citons enfin une ordonnance rendue par le Conseil d'Etat le 12 Août 1845. (2) Cette décision exclut les secrétaires de mairie de la garantie administrative. Les fonctionnaires visés par la dite ordonnance ne

[1] V. *Bulletin de Cassation criminelle*, 1846, p. 169.

[2] V. Dalloz, J. G. 1846, 3e partie, p. 55. Magdinier.

sont, en effet, dépositaires d'aucune part d'autorité ; ils ne participent en rien de la puissance publique.

Il reste maintenant à dresser une liste des personnes protégées par l'art. 75. Nous savons déjà que les magistrats et les officiers de police judiciaire sont régis, au point de vue de leur responsabilité criminelle et civile, par des règles spéciales figurant au Code d'Instruction criminelle (art. 479 et suiv.), au Code de Procédure civile (art. 505 et suiv.), dans la loi du 20 Avril 1810 (art. 10 et 18). Les militaires doivent également rester en dehors de l'énumération. « Ils sont agents de la force publique », dit M. Faustin Hélie, (1) « mais ils ne sont dépositaires d'aucune portion de l'autorité administrative ; ils peuvent exécuter ses ordres, mais ils n'en transmettent aucun ; le pouvoir, en descendant du gouvernement, ne s'arrête pas entre leurs mains ; ils ne l'exercent pas ; ils en sont les instruments et les auxiliaires ; ils n'en sont ni les délégataires ni les agents » (V. Cass., 6 Mars 1807). De même, si la définition donnée par la jurisprudence est exacte, on refusera d'étendre aux professeurs de l'Etat le bénéfice de la garantie. Ces fonctionnaires ne sont pas agents du gouvernement, ni dépositaires, à un degré quelconque, de l'autorité publique (V. Batbie. *Droit public et administratif*, tome II, chapitre seize, 1re édition.)

Ces restrictions faites, voici, d'après la jurisprudence, les divers fonctionnaires remplissant les

(1) *Instruction crim.* t. 2, p. 453.

conditions exigées par elle : 1° Les membres du Conseil d'Etat ; 2° préfets et sous-préfets ; 3° secrétaires généraux de préfecture ; 4° conseillers de préfecture ; 5° agents diplomatiques ; 6° consuls ; 7° maires et adjoints, comme agents du pouvoir exécutif seulement. Ces fonctionnaires seraient soumis au droit commun pour les faits délictueux commis en toute autre qualité ; 8° préfet de police ; 9° directeurs de scrutin ; 10° membres des bureaux de bienfaisance ; 11° commissaires de police ; 12° officiers de paix ; 13° directeurs de prisons centrales ; 14° fonctionnaires assimilés aux militaires et attachés aux armées comme administrateurs ; 15° commissaires contrôleurs et administrateurs de la marine dans les ports ; 16° syndics des gens de mer ; 17° vérificateurs des poids et mesures ; 18° inspecteurs des halles et marchés de Paris ; 19° gardes forestiers ; 20° ingénieurs des ponts-et-chaussées ; 21° conducteurs des ponts-et-chaussées ; 22° agents-voyers. (Controversé. Cass., 9 Sept. 1845 — 4 Février 1847 — et 23 Déc. 1848) ; 23° receveurs de l'enregistrement ; 24° employés des contributions directes ; 25° préposés des douanes ; 26° administrateurs généraux de la poste aux lettres ; 27° comptabilité des deniers publics ; 28° employés dans un établissement de l'Etat (directeurs et garde-magasins d'une administration dont les travaux intéressent les forces de l'Etat, alors que ses agents sont commissionnés par le gouvernement (marine) ; 29° garde-ports ; 30° gardes d'écluse et de halage ; 31° préposés des ponts à bascule ; 32° garde-mines ;

33° capitaines de lazarets; 34° simples citoyens agissant par ordre de l'autorité. (1)

Tous les fonctionnaires qui viennent d'être énumérés, justifient la définition donnée des agents du gouvernement. Chez le plus grand nombre, la qualité de dépositaire d'une part de l'autorité se traduit par le droit de réquisition ou par celui de dresser des procès-verbaux. Suivant M. Batbie, ce dernier signe, se dégage même fréquemment des décisions judiciaires ou administratives après 1840.

[1] Dalloz, J. G. répertoire. V. *Mise en jugement des fonctionnaires.*

CHAPITRE II

Du fait relatif aux fonctions

Première interprétation : l'art. 75 s'applique à tout fait commis par un fonctionnaire pendant qu'il se trouvait dans l'exercice de ses fonctions. Arrêts de Cassation du 3 Nivôse an XI et du 4 Octobre 1823. Cette définition est abusive. — Deuxième interprétation : l'art. 75 s'applique à tout fait de fonctionnaire occasionné par l'exercice de ses fonctions, bien que ce fait soit de ceux qu'un particulier peut commettre. Arrêts de Cassation du 14 Nivôse an XI, du 3 Novembre 1808, du 24 Décembre 1824, du 2 Août 1836 ; arrêt du Conseil d'Etat du 11 Décembre 1814. Cette définition constitue un progrès sur la première. — Troisième interprétation : l'art. 75 s'applique à l'acte délictueux ou criminel commis soit par abus, soit seulement à l'occasion de la fonction, mais avec l'intention chez l'agent de remplir sa fonction et de satisfaire aux devoirs qu'elle impose. Arrêts de Cassation du 7 Mai 1846 [Regnault], du 30 Juillet 1861, du 31 Mars 1864 [Chéronnet], de la Cour de Metz du 20 Août 1855. — Opinion de M. Faustin Hélie.

Nous savons ce qu'il faut entendre par « agents du gouvernement ». L'art. 75 après, avoir limité à ces fonctionnaires le bénéfice de sa garantie exige encore que les faits donnant lieu aux poursuites judiciaires soient *relatifs aux fonctions*. Toute la

difficulté va consister maintenant à séparer dans un même individu l'homme du fonctionnaire. Ce problème, un des plus délicats qui se soient jamais présentés, a donné lieu aux solutions les plus diverses, les plus contradictoires, en jurisprudence comme en doctrine. Il soulève actuellement encore d'intéressantes controverses.

Les espèces que nous allons passer en revue tendent à prouver que les juridictions du premier et même du second degré furent enclines, pendant une certaine période, à restreindre le champ de l'art. 75. Parfois les tribunaux correctionnels, plus souvent encore les cours d'appel, refusèrent aux agents du gouvernement la garantie constitutionnelle pour les crimes et délits de droit commun. La résistance est certaine, au moins dans les premières années du XIX^e^ siècle. Magistrats et jurés semblent avoir redouté comme un fléau social la mise hors de l'ordre commun d'une classe nombreuse de citoyens. Peut-être voyaient-ils dans l'application large de la garantie un excès de centralisation. Mais, par contre, la Cour suprême a souvent cassé des décisions qu'elle jugeait inconstitutionnelles ; et l'on peut même constater dans ses arrêts, dont les premiers sont excessifs, le désir de créer une jurisprudence, d'imposer aux juridictions de province une manière de voir. Cet état d'esprit n'est probablement pas étranger au mouvement signalé dans la première partie de cette étude, et à la suite duquel l'art. 75 faillit disparaître, après la Restauration. Les arrêts qui dénotent un parti-pris évident chez les membres

de la Cour de cassation sont heureusement peu nombreux et remontent aux trente premières années qui suivirent la mise en vigueur du système de l'an VIII.

Première interprétation. — *Par cela seul qu'un délit avait été commis par un fonctionnaire, pendant qu'il se trouvait dans l'exercice de ses fonctions, l'autorisation du Conseil d'Etat devait précéder les poursuites bien que ce délit n'eût, en lui-même, aucun rapport avec les fonctions.* Parmi les quelques décisions rendues en ce sens, deux surtout sont à retenir.

1° *Arrêt du 3 Nivôse an* XI. (1) — Un directeur de scrutin ayant proféré des injures contre un citoyen qui se rendait chez lui pour voter, la chambre criminelle du Tribunal de cassation décida que les poursuites à fins pénales dirigées contre lui devaient être annulées pour défaut d'autorisation préalable. Ces injures ne constituaient pas, à ses yeux, un fait absolument indépendant et détachable de la fonction publique exercée par le directeur de scrutin. Il suffisait que les paroles outrageantes eussent été prononcées pendant l'exercice même de cette fonction pour couvrir le délit de la garantie constitutionnelle.

2° *Arrêt du 4 Octobre 1823.* (2) — Plusieurs gardes forestiers avaient été poursuivis et condamnés

[1] Dalloz. J. G. répertoire. V. *Mise en jugement des fonctionnaires*, nos 145 et suiv.

[2] Dalloz. *Ibid.*

par la cour royale de Besançon, pour délit de chasse sans permis de port d'arme, commis dans l'exercice de leurs fonctions. La Cour de cassation, saisie de l'affaire, cassa l'arrêt de la cour de Besançon, pour violation de l'art. 75 et de l'arrêté du 28 Pluviôse an XI. Ce dernier texte, on se le rappelle, conférait à l'administration des forêts le droit d'autoriser les poursuites dirigées contre ses agents, sans avoir recours à la décision du Conseil d'Etat. Voici maintenant les principaux motifs sur lesquels la Cour suprême appuyait sa décision : « Considérant qu'il est reconnu, en fait, qu'aucune autorisation n'avait été donnée par l'administration générale des forêts, pour poursuivre devant les tribunaux les dits gardes, à raison du délit de chasse dont ils étaient inculpés ; que les poursuites contre eux faites sont donc illégales, ainsi que tout ce qui s'en est suivi ; casse et annule la citation qui a été donnée aux dits gardes ; casse, par suite, toute la procédure et l'arrêt de condamnation ».

On voit par ces deux exemples, comment une interprétation peut devenir abusive, et, sous prétexte de respecter la lettre d'un texte, en violer franchement l'esprit. Cette jurisprudence nous paraît attribuer au législateur de l'an VIII de singulières intentions. Il suffirait, à l'en croire, d'être agent du gouvernement pour pouvoir commettre les pires méfaits. Remarquons d'ailleurs l'expression employée dans l'art. 75. Il n'est pas question de faits délictueux commis par l'agent dans l'exercice de ses fonctions, mais de *faits relatifs à ses fonctions*, c'est-à-dire dont l'exécution trouve

son explication sinon son excuse dans les fonctions à lui dévolues. Ce que l'art. 75 veut protéger, ce n'est pas l'acte délictueux (une pareille hypothèse serait contraire au bon sens) mais la fonction, à raison de toutes les contingences inhérentes à la qualité d'homme de celui qui l'exerce. L'homme, même animé d'excellentes intentions, même n'ayant en vue que l'accomplissement de son devoir, peut commettre des fautes professionnelles et jusqu'à des crimes, s'il interprète faussement ses obligations, ou s'il s'en exagère l'importance. Cela a été dit bien des fois ; là est la vérité. Les gardes forestiers dont parle l'arrêt du 4 Octobre 1823, prévenus de délit de chasse, avaient-ils une excuse dans leurs fonctions ? Nullement ; pas plus d'ailleurs que le directeur de scrutin de l'an XI ne trouvait un motif d'injurier des citoyens, dans les siennes. Les deux décisions précitées interprètent donc faussement l'art. 75 ; elles sont, heureusement, les seules, ou à peu près, rendues en ce sens.

Deuxième interprétation. — *L'autorisation préalable était nécessaire lorsque le fonctionnaire incriminé avait commis un délit occasionné par l'exercice de ses fonctions, bien que ce délit fût de ceux qu'un simple particulier peut commettre.*

Entre cette théorie et la précédente, il existe une différence profonde. Ici, l'idée du fait relatif aux fonctions reprend une partie de sa valeur ; et l'on ne saurait contester la portée des arrêts d'où cette jurisprudence est sortie. Mais, comme on va le voir,

ce n'est là qu'un demi progrès vers une interprétation libérale. Cet état de choses va se prolonger encore jusqu'au milieu du siècle.

Le tribunal civil de Mont-Tonnerre, saisi d'une plainte en dénonciation calomnieuse, dirigée contre un receveur des domaines, s'était déclaré compétent. Ce fonctionnaire avait dénoncé, par lettre, au préfet, un garde des fortifications comme ayant loué, à son profit, des greniers d'un hôpital militaire et disposé des planchers d'un autre bâtiment. Condamné en première instance, le receveur invoqua l'art. 75 devant le Tribunal de cassation. Celui-ci, dans une décision *du 14 Nivôse, an* XI (1), jugea qu'il résultait de la lettre incriminée une dénonciation faite par le receveur, relativement à ses fonctions, et que, par suite, ce fonctionnaire ne pouvait être traduit devant les tribunaux, sans autorisation préalable de l'autorité supérieure. Le Tribunal suprême annula donc le jugement du tribunal civil de Mont-Tonnerre, pour incompétence, et délaissa les parties à se pourvoir, conformément à l'art. 75 de la Constitution.

Dans un procès (2), porté devant le tribunal de Bordeaux, en 1805, on put voir la décision des premiers juges infirmée par la cour d'appel, puis finalement désapprouvée, mais avec des réserves nombreuses, par la Cour suprême. Voici l'espèce. Un

[1] Dalloz. J. G. rép. p. 32. V. mise en jugement des fonctionn. publ. p. 316 et suiv.

[2] Dalloz. — *Ibid.*

receveur particulier des finances de Bordeaux fait notifier à un citoyen une contrainte en paiement d'une somme qu'il devait au Trésor. Le même jour, le receveur et le destinataire de la contrainte se rencontrent chez le receveur général. Une discussion s'élève entre les deux hommes ; elle est suivie de voies de fait au cours desquelles le contribuable est blessé par le fonctionnaire. La victime dépose une plainte contre son agresseur et le préfet autorise les poursuites devant le tribunal correctionnel, en vertu de l'arrêté du 10 Floréal an x, déjà cité. Ce texte, on le sait, déléguait au préfet, en matière de délits ou crimes commis par des percepteurs, le droit de décision conféré au Conseil d'Etat. Le tribunal correctionnel décline la compétence, « attendu que l'arrêté du 10 Floréal an x ne confère pas au préfet le pouvoir de suppléer, dans les délits poursuivis par des tierces personnes, l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII ; et que la rixe ayant eu lieu dans le bureau du receveur général, où le receveur particulier exerçait ses fonctions, elle est la suite de la contrainte décernée par ce dernier contre le plaignant. » Ainsi donc, un agent du gouvernement se trouvait bénéficiaire de la garantie pour le délit de coups et blessures commis dans l'exercice de ses fonctions. — L'interprétation de l'art. 75, plus modérée que celle de la Cour suprême dont nous avons déjà parlé, n'en pouvait pas moins sembler encore excessive. Sans doute, la cause occasionnelle de la dispute était bien la contrainte ; mais cette cause suffisait-elle à considérer des violences comme un abus de la

fonction ? La cour de justice criminelle de la Gironde, saisie de l'affaire à son tour, annula le jugement et renvoya les parties devant un autre tribunal correctionnel, en se fondant sur ce que le législateur ne pouvait avoir considéré comme faits relatifs aux fonctions du gouvernement les délits de la nature de celui imputé au receveur particulier ; elle en concluait que, dès lors, l'art. 75 n'était pas applicable, ni aucune espèce d'autorisation. On le voit, la cour refusait au fonctionnaire poursuivi, non seulement la garantie constitutionnelle accordée par le tribunal, mais encore la simple autorisation préalable du préfet. Elle tenait, non sans raison, les voies de fait pour tellement peu conciliables avec la dignité d'un fonctionnaire qu'elles devaient exclure toute intervention administrative dans les poursuites dirigées contre leur auteur.

Mais la Cour de Cassation, adoptant une solution moyenne, décida qu'à défaut de l'article 75, évidemment inapplicable, l'arrêté du 10 Floréal an x devait recevoir sa pleine exécution ; et, comme il existait un arrêté du préfet de la Gironde autorisant la continuation des poursuites faites par le magistrat de sûreté, elle rejeta le pourvoi formé devant elle pour violation, par la cour de justice criminelle, de l'art. 75, mais désapprouva les motifs de l'arrêt de cette cour pris de ce que, dans tous les cas, le receveur particulier pouvait être poursuivi sans autorisation quelconque.

Il suffit d'un examen superficiel pour constater dans cette jurisprudence de nombreux tâtonnements. Le tribunal correctionnel avait exagéré le principe de

garantie. La cour d'appel, animée d'un esprit libéral, se prononça nettement contre la doctrine des premiers juges. Sa décision nous paraît conforme au bon sens, sinon peut-être très fidèle aux textes. La Cour de Cassation profita du lien, si faible fût-il, qui pouvait établir un rapport entre la fonction et le délit pour déclarer la garantie applicable.

En 1808 (1) la Cour suprême fut saisie d'un pourvoi formé par un agent de l'administration forestière, condamné pour homicide commis dans l'exercice de ses fonctions à vingt années de fers. Elle cassa l'arrêt de la cour d'assises, « attendu », disait-elle, « que l'inculpé avait été non seulement traduit en justice mais condamné sans que même l'autorisation de l'administration forestière fût requise (conformément à l'arrêté du 28 Pluviôse an XI), ce qui emportait la nullité de toute l'instruction et de l'arrêt intervenu en conséquence. (3 Nov. 1808, Cass. Sect. crim).

Un procès à peu près semblable fut porté devant elle en 1824 (2). La personne en cause est un autre garde forestier. Celui-ci, surprenant une femme en flagrant délit de coupe de bois, dans une forêt dont il était surveillant, avait blessé volontairement cette femme, au lieu de verbaliser contre elle. L'agent coupable et, comme tel, passible d'une sanction pénale, était ici revêtu d'un double caractère : il était, à la fois préposé de l'administration et officier de

(1) Dalloz, *ibid.*

(2 Dalloz, *ibid.*

police judiciaire, puisqu'il pouvait dresser aux contrevenants des procès-verbaux. De là naissait une difficulté. Les officiers de police judiciaire devaient être poursuivis suivant les art. 479 et suivants du code d'instruction criminelle ; les administrateurs devaient, au contraire, bénéficier de l'art. 75. La cour de Rouen, considérant le garde comme officier de police judiciaire et non comme agent de l'administration des forêts, avait jugé la garantie constitutionnelle inapplicable. La Cour de Cassation, sur le pourvoi de l'intéressé, rendit un arrêt dont voici les principaux motifs : « Attendu..... que le garde était évidemment dans l'exercice de ses fonctions comme préposé de l'administration forestière et comme officier de police judiciaire, relativement au délit qu'à ce double titre il avait à constater ; qu'il doit donc, sous le rapport du délit qu'il est prévenu d'avoir commis lui-même dans cette circonstance, jouir de la garantie particulière que la loi lui accorde comme agent de l'administration ; — que cependant la cour royale de Rouen, sur le motif que le garde est poursuivi pour un délit qu'il est prévenu d'avoir commis dans l'exercice de ses fonctions de police et de surveillance, a jugé qu'il suffisait de le poursuivre suivant le mode prescrit à l'égard de tous les officiers de police judiciaire, et l'a privé de la garantie administrative que des dispositions d'ordre public sur la séparation des pouvoirs ont fait établir à l'égard des agents du gouvernement ; en quoi ladite cour a violé l'art. 75 de la loi du 22 Frimaire an VIII, et le décret du 28 Pluviôse an XI ; — Casse » (24 Déc. 1824 —

Cass. — Section crim.). De cet arrêt, en dehors de la difficulté soulevée par la double qualité de certains agents, ce qu'il faut retenir c'est l'intention bien manifeste d'établir une jurisprudence extensive de la garantie. La Cour suprême convient parfaitement, on l'a vu, du caractère judiciaire en même temps qu'administratif du garde forestier; mais faire dominer en lui le premier à l'exclusion du second, c'est perdre une occasion d'appliquer l'art. 75; elle ne veut connaître que l'administrateur. Au reste, l'idée qui se dégage des quatre décisions citées peut se résumer en ceci que la Cour de cassation, partagée entre le désir d'éviter un abus trop criant de la garantie et celui d'en faire une arme au service de l'administration, motivait ses arrêts sur le moindre rapport pouvant exister entre l'acte délictueux et la fonction, même lorsque cette connexité était plus apparente que réelle. Au contraire, pendant cette période, qui s'étend jusqu'aux environs de 1840, les juridictions de premier ressort et d'appel ont souvent refusé l'extension de la garantie aux crimes et délits de droit commun; ces infractions étaient considérées par elles comme trop séparables de la fonction qui les avait occasionnées et comme faisant apparaître dans la personne de l'inculpé non plus l'agent administratif mais un simple délinquant. On doit pourtant reconnaître que la Cour de cassation n'hésita pas, même à cette époque, à refuser le bénéfice de l'art. 75, lorsque, manifestement, l'acte et la fonction étaient dépourvus de tout lien admissible. Un maire, prévenu d'escroquerie à l'égard de conscrits étran-

gers à sa commune, dont il avait reçu de l'argent, en leur promettant de les faire exempter du service militaire, fut considéré comme ayant agi en dehors de ses fonctions (Cass. - crim. 11 Septembre 1807 (1). Ce n'était pas, en effet, en qualité de maire que cet agent avait touché les fonds, ni pour mieux s'acquitter de son ministère. L'équivoque ne pouvait donc exister, et l'agent indigne devait compte de ses infractions à la justice ordinaire.

En 1814 (11 Décembre), le Conseil d'Etat rendit une ordonnance d'après laquelle un commis des contributions indirectes, prévenu d'avoir blessé un particulier dans une rixe fortuite, pouvait être poursuivi sans autorisation. La rixe ne s'était, en effet, produite ni dans l'exercice, ni directement à l'occasion de l'exercice des fonctions du commis; elle n'avait point de relation valable avec ces fonctions et privait l'agent du bénéfice de la garantie.

Mais voici une décision encore plus importante. Un particulier ayant prêté à une commune des vases pour une cérémonie religieuse, à condition qu'ils lui seraient rendus après la célébration, le maire prit un arrêté tendant à faire déposer ces objets dans un lieu public, au lieu de les rendre à leur propriétaire. La Cour de Cassation jugea que cet arrêté, pris par le maire *en dehors de ses attributions légales*, constituait une voie de fait, et que, par suite, cet agent ne pouvait invoquer la garantie constitutionnelle pour

(1) Dalloz, *ibid.*

entraver les poursuites dirigées contre lui par le possesseur des vases; (Req. 2 Août 1836, Lasserre). (1) Cet arrêté, bien que constituant un acte administratif, ne prouvait nullement l'intention, chez son auteur, de remplir les fonctions à lui confiées. Ces fonctions ne consistent pas à méconnaître les droits des citoyens, surtout ceux de propriété. L'acte incriminé en constituait bien plutôt la négation. Il ne pouvait être couvert par la garantie.

On le voit donc, de toutes les décisions précitées et qui furent rendues dans la première moitié du siècle, une doctrine se dégage, encore assez rigoureuse, mais pourtant raisonnable. Elle ne donne pas la vraie définition du fait relatif aux fonctions, mais elle constitue tout de même un réel progrès sur la première et fait prévoir une interprétation plus juridique de l'art. 75.

Troisième interprétation. — *La garantie n'était applicable qu'à l'acte délictueux ou criminel commis soit par abus, soit seulement à l'occasion de la fonction, mais avec l'intention manifeste, chez l'agent, de la remplir envers et contre tous.* Cette théorie, la meilleure que l'on pût donner du fait relatif aux fonctions, résulte de plusieurs décisions importantes de la Cour suprême ou de cours d'appel. Nous allons passer quelques-unes d'elles en revue.

Parmi les premières, il convient de citer l'arrêt de

(1) Dalloz, *Ibid.*

Cassation rendu le 7 Mai 1846 (1) (Regnault), et déjà examiné dans cette étude à un autre point de vue. Le sieur Regnault, préposé d'un pont à bascule, avait outragé et frappé le maire de sa commune à la suite d'observations adressées par ce dernier au préposé, tandis qu'il procédait au pesage d'un véhicule. En premier ressort et en appel, Regnault s'était vu condamner sans qu'une décision du Conseil d'Etat intervînt. La Cour suprême annula l'arrêt d'appel pour violation de l'art 75 : « Attendu, dit-elle, que le pesage déjà opéré par Regnault, et le second pesage provoqué par le voiturier et par le maire, étaient des actes essentiels de la fonction dont Regnault était investi ; *attendu que l'art. 75 de la constitution du 22 Frimaire an* VIII *n'exige pas que les faits à raison desquels la poursuite doit être intentée aient eu lieu dans l'exercice des fonctions de l'agent ; que s'il en était ainsi, l'art. 75 resterait toujours sans application, puisque le droit de commettre un délit quelconque ne peut faire partie d'aucune fonction publique ;* que l'art. 75 veut seulement que les faits soient relatifs aux fonctions ; ..... Attendu que le délit imputé étant relatif aux fonctions du préposé, il était nécessaire, avant toute poursuite, d'obtenir l'autorisation du Conseil d'Etat... etc... casse et annule... » Dans l'espèce, le maire avait requis le préposé de procéder de nouveau au pesage de la voiture. Or, le préposé pouvait raisonnablement soutenir qu'ayant déjà accompli cette opéra-

(1) V. *Bulletin de Cass. criminelle*, 1846, p. 169.

tion, comme le lui prescrivait son devoir professionnel, il estimait un nouveau pesage contraire à ses obligations. Les outrages et violences dont il s'était alors rendu coupable constituaient sans doute un délit. Mais ce délit semblait occasionné par un excès de zèle du préposé à maintenir intactes ses prérogatives. Il y avait un rapport étroit entre le délit et la fonction. L'art 75 devait s'appliquer.

En 1855, le 20 Août, (1) la cour de Metz rendit un arrêt sur l'espèce suivante. Un douanier, armé d'un fusil selon les prescriptions de son administration, faisait une tournée en compagnie d'un de ses collègues. Par suite d'un concours de circonstances purement fortuites, l'arme fit feu et le coup blessa grièvement le compagnon de celui qui la portait. Le meurtrier involontaire fut poursuivi devant un tribunal répressif ; celui-ci n'admit pas en sa faveur le bénéfice de la garantie. Le prévenu fit appel de ce jugement et la cour de Metz décida que, le délit ayant eu lieu à l'occasion et comme par une conséquence de l'exercice des fonctions de son auteur, aucune action ne pouvait être intentée contre lui qu'avec l'autorisation du Conseil d'Etat.

On ne saurait trop approuver une pareille solution. Pourquoi le douanier était-il armé d'un fusil ? Parce que sa fonction l'y obligeait. C'est donc à sa fonction tout autant qu'à lui-même que le meurtre devait être

(1) Dalloz. J. G. 1856. 2. 227.

imputé. L'application de l'art. 75 n'avait, dans ces conditions, rien d'abusif.

La même doctrine se dégage encore d'un arrêt de 1861 rendu par la Cour suprême (30 Juillet 1861). (1) Un receveur de l'enregistrement perçoit, par erreur, un excédent de somme. La personne au préjudice de laquelle cet excédent a été perçu intente une action en restitution au fonctionnaire. Son exercice est subordonné à l'autorisation préalable du Conseil d'Etat. On est, ici, en présence d'un abus involontaire de la fonction. Le receveur s'est efforcé de la bien remplir. Il a commis une erreur. Tout comptable peut en commettre. L'intervention de l'autorité administrative n'a rien d'anormal.

Terminons enfin l'exposé de la jurisprudence sur le fait relatif aux fonctions par l'examen d'un arrêt de Cassation du 31 Mars 1864 (2). Le sieur Chéronnet, maire d'une commune et président en cette qualité d'une réunion électorale, avait adressé au sieur Lefèvre-Pontalis des paroles outrageantes. Le tribunal correctionnel, saisi de l'affaire, déclina la compétence avant que le Conseil d'Etat se fût prononcé. Sur appel du sieur Lefèvre, la cour de Paris confirma le premier jugement. Le plaignant se pourvut alors en Cassation pour fausse application de l'art. 75 de la constitution de l'an VIII et violation de

[1] Dalloz, J. G. 1861. 1. 380.

[2] Sirey. 1864. 1. 248.

l'art. 7 de la loi du 20 Avril 1810. La Cour suprême déclara donc une fois de plus, et de la façon la plus formelle, que « la garantie de l'art. 75 a pour objet de protéger non la personne inculpée mais l'acte administratif; qu'il ne suffit pas, pour son application, que la partie poursuivie soit un agent du gouvernement, ni même que les faits incriminés se soient produits pendant qu'elle remplissait sa mission; qu'il faut essentiellement, ainsi que le prescrit l'art. 75, que ces faits soient relatifs aux fonctions, en d'autres termes qu'ils soient un acte de la fonction elle-même avec laquelle ils s'identifient et dont ils constituent l'exercice, bien qu'abusif... » Or, dans l'espèce, le sieur Chéronnet, maire et président d'une assemblée électorale, avait injurié une personne présente. On ne pouvait raisonnablement soutenir que ces injures constituaient un fait relatif aux fonctions de celui qui les avait proférées. Un pareil délit ne s'explique point par l'esprit de ces fonctions, qui commande au contraire le calme et le sang froid. Aussi la Cour suprême annula-t-elle l'arrêt de la cour de Paris.

Telles sont les interprétations diverses et successives données par la jurisprudence du fait relatif aux fonctions. La plus récente est évidemment la meilleure, celle qui satisfait le mieux la raison, tout en restant fidèle au texte. M. Faustin Hélie (1) semble l'approuver, mais, en la faisant sienne, il l'augmente d'un élément que la jurisprudence n'a pas admis.

(1) *Instruction criminelle*, t. 2. p. 483.

« L'agent, » dit-il, « soit qu'il soit infidèle à son mandat et trompe la confiance de l'administration, soit qu'il se serve de l'autorité dont il est investi pour exercer des vexations sur les citoyens, fait de sa fonction un instrument du délit ; égaré par son zèle ou par sa passion, il en abuse. Or, c'est précisément cet abus du pouvoir administratif que la loi a voulu réserver à l'appréciation de l'administration, avant de le livrer à la justice ; car l'abus d'un pouvoir met en question et le pouvoir lui-même et la limite où il doit s'arrêter. » L'éminent auteur parle de « vexations » exercées par le fonctionnaire sur les citoyens, de la « passion » qui peut l'égarer. La jurisprudence a donné une définition plus étroite. Faire entrer la passion en ligne de compte, n'est-ce pas beaucoup permettre ? Il y en aura toujours assez dans l'accomplissement de certaines fonctions, même en l'absence de tout acte délictueux. La passion n'a été admise par la Cour de Cassation dans aucune des espèces précitées. Tout au plus, dans l'affaire Regnault, le préposé de pont à bascule coupable de voies de fait envers un maire, pouvait-il en être suspect ; mais c'est son zèle seul que la Cour suprême a voulu retenir pour la rendre bénéficiaire de l'art. 75. Doit-on voir de la passion dans le meurtre involontaire commis par un douanier armé d'un fusil sur un de ses camarades, ou dans le fait, pour un receveur de l'enregistrement de percevoir une somme en plus de celle qui était dûe ? Non, évidemment. Et, d'autre part, restant fidèle à sa dernière doctrine, la même juridiction dans l'affaire Chéronnet, où la passion du délinquant est manifeste, a

refusé d'appliquer l'art. 75 au président d'une assemblée électorale qui injurie un citoyen. M. Faustin Hélie a donc renchéri sur la jurisprudence. Pour nous, la définition qu'elle a donnée nous semble suffisante, et c'est elle que nous adoptons.

CHAPITRE III

L'article 75 est-il applicable aux poursuites civiles ? — A quel moment l'autorisation doit-elle être demandée ?

Il semble bien que l'esprit de la législation révolutionnaire et les termes de l'art. 75 lui-même soient défavorables aux seules poursuites criminelles. A partir de 1830, époque où l'impopularité de la garantie s'accentue, certaines juridictions refusent à l'art. 75 le pouvoir d'entraver les poursuites civiles : arrêt de la Cour de Pau (14 Juillet 1831). Mais les décisions contraires sont plus nombreuses. Arrêts de Cassation en ce dernier sens. — En ce qui concerne le moment où l'autorisation préalable doit être demandée au Conseil d'Etat, la jurisprudence s'en tient au décret du 9 Août 1806 (art. 3). Arrêt de Cassation du 24 Juin 1819. — L'information préliminaire close, il y avait deux façons de saisir le Conseil d'Etat, suivant qu'il s'agissait de l'action publique ou de l'action civile.

La question de savoir si les « poursuites » dont parle l'art. 75 sont indifféremment criminelles ou civiles n'a pas été, tout d'abord, résolue d'une manière uniforme par les diverses juridictions. Il semble, en effet, qu'en rédigeant la constitution de l'an VIII, le législateur, imbu des idées de la Révolution, se soit préoccupé surtout de rendre impossible

l'empiètement des tribunaux sur l'administration publique. Or, cette main-mise eût été surtout manifeste dans les poursuites criminelles, à raison de la note d'infamie qui peut en résulter pour celui qui en est l'objet. Les poursuites civiles, au contraire, n'entraînent pas cette conséquence. Le plus souvent même, elles ont pour but la réparation d'un quasi-délit, d'un préjudice causé sans intention de nuire. Elles paraissent donc peu inquiétantes pour la puissance publique ; et l'on ne doit pas oublier, d'ailleurs, que les lois générales de 1790 et de l'an III interdisent aux tribunaux de connaître des actes administratifs ; ces lois n'ont jamais été abrogées ; le pouvoir administratif, en cas d'action civile seule intentée, serait donc toujours suffisamment protégé par elles. D'autre part, si l'on relit attentivement l'art. 75, on constate qu'il parle seulement de *poursuites*. Certaines cours ou tribunaux, prenant motif de cette expression, ont jugé qu'elle ne pouvait s'entendre des simples actions civiles, et que poursuivre une personne en justice cela signifiait mettre en mouvement l'action publique contre elle et rien autre. Il semble bien, en effet, si l'on s'en rapporte à l'esprit de la législation révolutionnaire, qui anime évidemment aussi l'art. 75, que la garantie ait eu pour but de protéger les administrateurs contre l'action publique. L'action civile devait donc pouvoir être intentée librement, sauf les restrictions relatives à l'interprétation des actes administratifs. Sous l'influence de l'impopularité croissante du système de l'an VIII, vers 1830, un certain nombre de juridictions refusèrent de l'appli-

quer aux simples actions civiles. Les projets de loi de 1832 et 1835 s'efforcèrent, nous l'avons vu, de débarrasser ces actions de leurs obstacles. Il est certain qu'à dater de ce moment, ce qui préoccupe le législateur, c'est, chez le simple particulier, la liberté de citer un fonctionnaire en justice.

Tout d'abord, en 1811, arrêt de la cour de Nîmes (1) avait décidé que les poursuites à fins pénales n'étant pas distinguées des autres par l'art. 75, on devait leur en faire application (1er Février 1811). Le 10 Janvier 1827 (2), la Cour de Cassation s'était prononcée dans le même sens. Mais plusieurs décisions furent rendues en sens contraire. Une des plus importantes est celle de la cour de Pau qui porte la date du 14 Juillet 1831 (3). Ses considérants sont des plus curieux ; « en déclarant que les agents du pouvoir ne pourront être poursuivis pour faits relatifs à leurs fonctions, sans l'autorisation préalable du Conseil d'Etat, la loi paraît s'être restreinte, par ces termes, au cas de poursuites relatives à des faits de ces fonctionnaires ; ... les mots *poursuivis pour des faits*, désignent, dans le langage ordinaire, des poursuites résultant d'actes coupables, d'abus de pouvoir ou autres délits attribués aux fonctionnaires ; si la loi eût voulu étendre la nécessité de cette formalité à des actions civiles, elle eût, sans doute,

1. D. rép. t. 32 p. 316 et suiv.

2. J. P. t. XXI. p. 37.

3. J. P. t. XXIV. p. 40.

employé d'autres expressions..... car, en matière civile, l'usage n'admet point cette locution inexacte *poursuivis pour des faits civils*... etc. » La cour de Pau, interprétant de cette façon l'art. 75, en restreignait le domaine aux seuls cas où la puissance publique pouvait être vraiment atteinte. Elle jugeait en gardienne de la liberté des citoyens, et, voyant dans l'art. 75 une dérogation considérable au droit commun, limitait le champ de son application au sens étroit de ses termes. « La loi, » disait-elle ensuite, « pour être sainement appliquée doit être ainsi entendue ; cette interprétation ne choque en aucune façon la doctrine presque uniforme des arrêts ; en effet, c'est toujours pour des cas d'abus de pouvoir ou autres faits coupables des fonctionnaires publics, que les tribunaux ont reconnu nécessaire l'autorisation préalable du Conseil d'Etat ; la justesse de cette distinction devient plus saillante, si l'on pénètre dans l'esprit de la loi du 22 frimaire an VIII ; en effet, la garantie de la loi n'a été évidemment introduite que dans l'intérêt de l'Etat....., les inconvénients auxquels on a voulu obvier ne se rencontrent nullement, ou du moins ne présentent jamais la même gravité, toutes les fois qu'il ne s'agit que d'appeler un fonctionnaire en justice pour des intérêts civils... »

Cette doctrine, évidemment très soutenable, fut confirmée par plusieurs autres décisions (Paris, 7 Mai 1833. — Limoges, 11 Décembre 1837). Mais, d'autre part, et pendant la même période, un plus grand nombre furent rendues en sens contraire, c'est-

à-dire favorablement à l'extension de l'art. 75 aux poursuites à fin civile (Metz, 30 Novembre 1834. — Colmar, 13 Juin 1835. — Rennes, 30 Mai 1835.) Enfin, la Cour de Cassation elle-même fixa la jurisprudence en adoptant cette dernière interprétation dans une série d'arrêts (Cass. 31 Juillet 1839. — 8 Août 1840. — 30 Juillet 1861.)

Il reste maintenant une question à résoudre. L'art. 75 ne permet les poursuites contre les agents du gouvernement pour faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une *décision du Conseil d'Etat*. C'est ce qu'on appelle le *système de l'autorisation préalable*. Nous devons nous demander à quel moment des poursuites le Conseil d'Etat devait être saisi. Voici un fonctionnaire, un forestier, par exemple, coupable de voies de fait envers une personne qu'il a surprise en flagrant délit de coupe de bois ; il a dressé procès-verbal au délinquant ; celui-ci, mécontent, a provoqué l'agent administratif, qui, lui-même, s'est laissé aller jusqu'à le frapper. Une plainte a été déposée par la victime entre les mains du ministère public. Les magistrats du Parquet, s'ils la jugent bien fondée, vont procéder, ou faire procéder à une information préliminaire. Nous savons déjà qu'un texte leur indique, dans ce cas, la marche à suivre. Le décret du 9 Août 1806, dans son art. 3, dit que les dispositions de l'art. 75 ne font point obstacle à ce que les magistrats chargés de la poursuite des délits informent et recueillent tous les renseignements relatifs aux délits commis par les agents du gouvernement dans l'exercice de leurs fonctions. Ce texte ajoute

qu'*aucun mandat ne peut être décerné, ni aucun interrogatoire juridique subi sans l'autorisation du gouvernement.*

Dans la pratique, ce décret a soulevé quelques difficultés. Mais, dès l'année 1819, la Cour de Cassation, dans un arrêt important, en a donné une interprétation littérale, refusant ainsi de rien ajouter à ses dispositions. Voici l'espèce : le sieur Cochenet, percepteur, avait été accusé et se prétendait calomnié par une lettre émanée d'un sieur Legendre. Malgré les résistances de l'autorité administrative, (le préfet) qui se refusait à autoriser les poursuites contre le percepteur, Legendre obtint devant une juridiction d'appel un commencement d'information contre celui qu'il accusait. Cochenet se pourvut contre cette décision ; il fondait ce pourvoi sur plusieurs moyens, dont un nous intéresse particulièrement. — L'instruction judiciaire, disait-il, doit suivre et non précéder l'autorisation du Conseil d'Etat ou de l'autorité investie par la loi de ses prérogatives à ce point de vue. Le but politique de l'art. 75 serait manqué s'il était permis à un tribunal d'entendre des témoins et de faire une information, avant toute décision d'une autorité supérieure ; ce but est que les actes d'un agent du gouvernement ne puissent être soumis, dans certains cas, à un examen et à des débats judiciaires. Or, le jugement attaqué a violé l'art. 75, etc..... — La Cour suprême rejeta le pourvoi. Dans les considérants relatifs au premier moyen précité, elle se contente d'expliquer l'art. 75 par le décret du 9 Août 1806, art. 3, sans autre

commentaire. Elle constate ensuite que, conformément à ce texte, aucun mandat n'a été décerné contre Cochenet, ni aucun interrogatoire subi par lui. Elle en conclut que l'art. 75 n'a pas été faussement interprété (Cass., 24 Juin 1819). (1)

L'information préliminaire une fois terminée, suivant le décret de 1806, le Conseil d'Etat pouvait être saisi de deux façons, selon que l'action intentée émanait du ministère public ou d'un simple particulier. Au cas d'action publique, soit directe, soit à la suite d'une plainte ou dénonciation, une enquête préliminaire était ouverte ; s'il en résultait une présomption de culpabilité contre le fonctionnaire qui en était l'objet, le procureur général formulait une demande en autorisation qu'il adressait, avec le dossier de l'affaire, au garde des sceaux. Ce dernier transmettait le tout au Conseil d'Etat et avisait le ministre duquel dépendait l'agent incriminé. Jusqu'au moment où la décision du Conseil d'Etat était connue, les poursuites devaient cesser et le fonctionnaire rester libre. En matière civile, la partie pouvait s'adresser au Conseil d'Etat par l'intermédiaire du procureur général ou du préfet. Suivant que l'un ou l'autre de ces deux personnages était choisi, la demande était transmise au ministre de la justice ou au ministre de l'intérieur qui saisissait, à son tour, le Conseil d'Etat.

Tel fut, en pratique, le fonctionnement de la garantie administrative.

(1) Dalloz, J. G., t. 32, p. 322.

APPENDICE

Les juridictions civiles ont déterminé les cas d'application de l'art. 75. Cela n'est-il pas surprenant, et que restait-il à la compétence du Conseil d'Etat ? Ce problème fut résolu en 1823 par la Cour de Cassation (5 Août 1823), dans un sens favorable à la compétence administrative. Cette jurisprudence n'eut pas de suites. Arrêts du Conseil d'Etat favorables à la compétence judiciaire. L'ordonnance du 1er Juin 1828, relative aux conflits, confirma cette doctrine.

Par ce qui précède, on peut apprécier quelle place importante la jurisprudence exclusivement judiciaire a prise dans ce système de la garantie, qui fut surtout administratif. Tout ce qui pouvait éclairer les textes a été dit par les tribunaux de droit commun et par la Cour de Cassation. Nous avons appris par eux ce qu'est un agent du gouvernement, ce qu'il faut entendre par faits relatifs aux fonctions et par autorisation préalable du Conseil d'Etat. A toutes les questions posées, les tribunaux de droit commun ont répondu ; toutes les difficultés ont été résolues par eux. Mais parmi ces divers problèmes il en est deux particulièrement graves, ceux du fait relatif aux fonctions et de la qualité d'agents du gouvernement. Dans la plupart ou dans la totalité des espèces examinées au cours de cette étude, qu'ont fait les cours d'appel et surtout la Cour suprême, sinon,

sous prétexte de juger en droit sur la recevabilité de tel ou tel moyen, de formuler de véritables règles, en dehors desquelles un agent poursuivi n'a plus aucune chance de se voir appliquer l'art. 75? Seront agents du gouvernement, d'après elles, les seuls fonctionnaires dépositaires d'une partie de son autorité, agissant en son nom, sous sa direction médiate ou immédiate et faisant partie de la puissance publique. Elles décident encore que les faits incriminés ne pourront rentrer dans les prévisions de l'art. 75 que s'ils sont commis à l'occasion et comme par une conséquence des fonctions de leur auteur, avec, d'ailleurs, l'intention manifeste chez l'agent de remplir son devoir professionnel. Sans trouver mauvaise cette sorte d'ingérence des tribunaux dans un système administratif, on a pu se demander si elle n'a pas fait dévier l'institution de la garantie du but que lui assignait son auteur. En effet, si la justice proprement dite élève entre le fonctionnaire et le Conseil d'Etat une barrière aussi difficile à franchir, s'il est bien prouvé, une fois l'obstacle vaincu, que l'agent se trouvait dans les conditions les plus rigoureuses exigées, pour bénéficier de l'art. 75, en quoi va pouvoir consister la tâche du Conseil d'Etat?

Remarquons que ce corps ne pourra revenir sur aucun des points élucidés par les tribunaux ordinaires, et que, par suite, les limites dans lesquelles devra s'exercer sa compétence se trouveront singulièrement restreintes.

Ce problème, soulevé dans les premières années du siècle, avait été résolu par la Cour de cassation

dans un sens favorable à la compétence administrative (Cass. 5 Août 1823). (1) Les motifs de l'arrêt valent qu'on les cite : « La Cour, considérant que d'après l'acte du 22 Frimaire an VIII et les lois subséquentes, il est de principe que les agents du gouvernement ne peuvent être poursuivis, etc... ; que *l'effet de cette garantie doit suspendre, à l'égard des personnes qui ont le droit d'en jouir, l'action des tribunaux*, toutes les fois qu'elles ont été traduites devant eux *sans que le Conseil d'Etat ait préalablement examiné la qualité dans laquelle l'agent a agi, et si le fait incriminé peut, ou non, donner lieu à la poursuite ;* — que, *dans aucun cas, l'autorité judiciaire n'est compétente pour juger ni la qualité de l'agent inculpé, ni si quelque intérêt politique ou administratif souffrirait par sa tradition en justice ;* que, s'il en était autrement, la garantie pourrait être illusoire, etc... ; » Ce passage est fort clair. La Cour de cassation attribue au Conseil d'Etat le droit non seulement de soustraire, s'il le juge utile, le fonctionnaire aux poursuites, en déclarant le fait insuffisamment caractérisé, mais de se prononcer, *a priori*, sur la recevabilité de la demande en autorisation, notamment sur la qualité dans laquelle l'agent a agi. En jugeant ainsi, la Cour suprême nous paraît avoir méconnu *le caractère ambigu du fonctionnaire et du fait relatif aux fonctions.*

Certes, le système de l'an VIII avait pour but de

1 Dalloz. J. G. t. 32. p. 325.

protéger l'administration des empiètements possibles de la justice. Ce système appartenait donc au droit public, en principe. Mais on ne saurait l'oublier, le fonctionnaire, s'il dépend de l'administration comme agent du gouvernement, n'en demeure pas moins soumis aux règles de droit commun en tant qu'homme. L'agent administratif est un citoyen dont les infractions relèvent forcément des tribunaux ordinaires. De même, et par voie de conséquence, les actes de cet agent, qu'ils soient ou non relatifs à ses fonctions, restent humains ; s'ils présentent un caractère délictueux ou criminel, c'est encore aux tribunaux qu'il appartient d'en connaître. Et personne n'a jamais prétendu soutenir que le système de l'an VIII avait aboli ces principes. La séparation des pouvoirs exige seulement que *l'infraction de droit commun commise relativement aux fonctions administratives de son auteur*, soit préalablement examinée par le gouvernement pour être soustraite aux poursuites judiciaires, si la fonction excuse la faute et l'absorbe. C'est là, en effet, une question purement administrative. Les tribunaux ne sauraient utilement la résoudre. En cela, et en cela seul, consiste l'exigence de la séparation des pouvoirs et de l'art. 75. Mais, s'il importe que l'administration demeure juge des actions administratives de ses agents, avant tout autre examen, les tribunaux ordinaires doivent rester compétents pour tout ce qui concerne la police et la sûreté, ainsi que l'ordre public. L'ordre public seul est intéressé à ce qu'un individu quelconque ne s'affuble pas du titre d'agent du gouvernement, ou bien à ce qu'un agent

du gouvernement n'abuse pas de ses fonctions pour commettre des délits ou des crimes, quitte à demander ensuite l'application du système de l'an VIII. Laisser le Conseil d'État appréciateur de ces choses, eût été dangereux et maladroit. Ce corps administratif, juge d'une question purement administrative, ne doit en être saisi qu'une fois les questions préjudicielles de la compétence judiciaire tranchées. Cette distinction fut donc méconnue par la Cour suprême dans l'arrêt précité du 5 Août 1823. Sa jurisprudence n'eut, heureusement, pas de suites. Le Conseil d'État rendit plusieurs ordonnances dans lesquelles il restituait à la compétence judiciaire ce que la Cour de Cassation lui avait soustrait indûment (Voir ord. Cons. d'État, 16 Janvier 1822, Hongre c. Delayen ; 24 Mars 1824, Paris c. Etienne ; 12 Janvier 1825, Martha ; 26 Décembre 1827, Jacquet c. Thirion). (1) Mais comme pour donner plus de force à cette doctrine un texte vint la confirmer. L'ordonnance du 1er juin 1828, relative aux conflits qui pouvaient naître entre les tribunaux et l'administration, dit, dans son art. 3, que le conflit ne pourra être élevé pour défaut d'autorisation du gouvernement au cours des poursuites dirigées contre ses fonctionnaires. (2) L'action publique conservera donc

(1) *Recueil des arrêts du Conseil.* — Les motifs de ces décisions ne sont pas reproduits dans le recueil.

(2) Nous n'avons pas cité cette ordonnance dans la première partie de l'historique, réservée aux textes, à raison du peu d'intérêt qu'elle présente dans notre matière, au point de vue général.

son libre cours. Cela signifie-t-il que l'art. 75 doive rester lettre morte ? Nullement. En admettant que le Conseil d'Etat ne soit pas saisi en premier ressort, il reste au fonctionnaire deux voies de recours, l'appel et la cassation. Les tribunaux judiciaires auront compétence, dans ces conditions, pour statuer sur les questions préjudicielles relatives à la qualité de l'agent et à la nature du fait incriminé. S'ils estiment cette qualité, ce fait, conforme aux prévisions de l'art. 75, alors seulement le Conseil d'Etat sera saisi et sa compétence consistera dans l'examen de l'acte, au seul point de vue administratif. Le 12 Mars 1829, moins d'un an après la promulgation de l'ordonnance, la Cour de Cassation répudiant sa première théorie consacra définitivement, en cette matière, la compétence des tribunaux. Avec elle, pourtant, une chose était à redouter, c'est que l'autorité judiciaire ne rendît, en fait, l'art. 75 inapplicable, en déclarant d'une manière uniforme qu'il n'y avait pas lieu de saisir le Conseil d'Etat. Mais la Cour de Cassation, par sa jurisprudence, a montré combien ces craintes étaient vaines.

DEUXIÈME PARTIE

De 1870 à nos Jours

CHAPITRE PREMIER

De 1870 à 1873

Première Période

Le décret-loi du 19 Septembre 1870. — Son texte. Il abroge l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII. — Sont prévues par lui les poursuites contre les seuls fonctionnaires administratifs. — Adoption de l'article 1er du décret par l'Assemblée Nationale. Rapport de M. Taillefert. — Lois *spéciales* que le décret déclare également abrogées. Unanimité des jurisconsultes à cet égard. Les avis sont, au contraire, très partagés, en ce qui concerne les lois *générales*. Toute la controverse va s'exercer sur ce point. — Position de la question : ces lois générales sont-elles celles de 1790 et de l'an III ? — Loi du 24 Mai 1872 réorganisant le Conseil d'État et instituant un Tribunal des conflits. Elle ouvre à l'interprétation du décret une voie nouvelle, celle du conflit. — La jurisprudence de la Cour de Cassation se refuse à la suivre d'abord. Affaires Meyère et Engelhard (Juin 1872 - Janvier 1873).

Le 19 Septembre 1870, quinze jours à peine après la chute de l'Empire, le Gouvernement de la Défense Nationale rendait le décret suivant :

« Article 1er, § 1. — L'article 75 de la Constitution de l'an VIII est abrogé.

§ 2. — Sont également abrogées toutes autres dispositions des lois générales ou spéciales ayant pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre les fonctionnaires publics de tout ordre.

Article 2. — Il sera ultérieurement statué sur les peines civiles qu'il peut y avoir lieu d'édicter dans l'intérêt public contre les particuliers qui auraient dirigé des poursuites téméraires contre des fonctionnaires. »

Avant d'examiner plus attentivement ce texte, nous tenons à rappeler que nous ne traitons ici que de la responsabilité des fonctionnaires autres que les ministres. Nous n'entrerons donc pas dans les controverses, d'ailleurs closes depuis l'époque même où parut le décret, portant sur la question de savoir si le Président de la République, les ministres, et même les membres du Parlement sont exclus de ses termes. Nous considérons également comme absolument étrangers à ce texte les ministres du culte. Depuis longtemps, ceux-ci ne sont pas considérés comme de vrais fonctionnaires. Ils ne figurent pas sur la liste dressée par la jurisprudence des agents du gouvernement, sous le régime de l'autorisation préalable (Voir la 1re partie de cette étude. — 2me section. — *La Jurisprudence. — Chap. 1. — Des agents du gouvernement*). On ne saurait non plus valablement, à raison de leur situation concordataire vis-à-vis de l'Etat français, leur attribuer la qualité de fonction-

naires ; en cette matière, on doit se reporter à la loi organique du 18 Germinal an x, qui a réglementé les rapports spéciaux des ecclésiastiques catholiques et protestants avec le gouvernement et qui est toujours en vigueur (1). Rien, enfin, n'autorise à croire que le décret-loi de 1870 ait aussi voulu abroger les dispositions spéciales des codes de procédure civile et d'instruction criminelle sur la responsabilité des magistrats de l'ordre judiciaire. Nous l'avons déjà dit, les magistrats sont des fonctionnaires, sans doute ; mais depuis la rédaction des codes, c'est-à-dire depuis le premier Empire, la législation relative à leur responsabilité, à leur hiérarchie, a perdu tout caractère politique pour se fixer dans le droit privé. Et comme tout ce qui touche au droit privé, cette législation s'est empreinte d'un caractère particulier de stabilité que l'on ne saurait jamais concéder aux lois politiques. Les auteurs du décret de 1870 ont visé, par ce texte, les poursuites des fonctionnaires de l'ordre administratif seul, à l'exclusion de tous les autres.

Le décret du 19 Septembre fut bien accueilli par l'opinion publique. Le vieux parti libéral qui, depuis

(1) Pour les ministres du culte israëlite, voir ordonn. du 25 Mai 1844.

Notons cependant que la garantie spéciale tirée pendant longtemps par la jurisprudence de l'emploi des questions préjudicielles d'abus dans les cas où les ministres du culte étaient sous le coup de poursuites personnelles, a disparu, et que les ministres du culte se trouvent maintenant à découvert. (C E 17 Mars 1881 ; Cass. 2 Juin 1888, abbé Cuilhé ; 3 Août 1888. V. Hauriou, Précis de droit admin. 4e édit. p. 194).

le commencement du siècle, voyait dans le système de l'autorisation préalable un instrument d'oppression entre mains d'un régime autoritaire, eut lieu d'être satisfait. La réforme enfin réalisée semblait, à ce moment, tellement équitable, que l'Assemblée Nationale, hostile en majorité aux idées du nouveau régime, n'hésita pas à la ratifier par un vote approbateur.

Il est intéressant de relire les termes mêmes dans lesquels le rapporteur, M. Taillefert, appréciait la disposition principale du texte. « Nul n'ignore, disait-il, que l'art. 75 était destiné à protéger les fonctionnaires contre des poursuites inspirées par des animosités privées ; mais l'esprit de parti n'avait que trop souvent assuré l'impunité de leurs fautes, en suspendant à leur profit le cours régulier de la justice. Blessée par cet abus, l'opinion publique s'était énergiquement prononcée pour l'abrogation de cet art. 75 de la Constitution de l'an VIII, et nous ne craignons pas d'affirmer que, parmi les décrets rendus par le Gouvernement de la Défense Nationale, l'un des mieux accueillis a été celui du 19 Septembre 1870... » (1) Le rapporteur approuvait donc, au nom de la commission, la partie principale du texte, celle qui abrogeait l'art. 75 et les autres dispositions édictées dans le même but : *sont également abrogées toutes autres dispositions des lois générales ou spéciales, etc...* « L'art. 1er du décret est complet », disait-il. En

(1) Assemblée Nation. *J. Off.* 18 Avril 1872, p. 2614.

ce qui concerne l'art. 2, M. Taillefert proposait à l'Assemblée d'aller plus loin encore que le décret lui-même. Il estimait inutile d'édicter des peines civiles spéciales contre les individus qui engageraient des poursuites téméraires contre les fonctionnaires. Ce qu'il voulait, comme dans les poursuites, c'était le droit commun. Le fonctionnaire devait y gagner en dignité, puisqu'il ne pouvait, pour obtenir le respect qui lui est dû, « compter que sur son caractère et son mérite, et non sur l'abri d'une législation exceptionnelle. » Que proposait donc la commission par l'organe de son rapporteur ? En cas de plainte, la loi devrait exiger une plainte écrite et une instruction de l'affaire, pour laisser aux parties « le temps de la réflexion, avant l'ouverture de pénibles débats. » De plus, si la plainte était reconnue mal fondée, les tribunaux pourraient condamner le plaignant à des dommages-intérêts envers le fonctionnaire injustement poursuivi, et, en outre, lui faire application de l'art. 373 du code pénal, qui punit d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende la dénonciation calomnieuse. M. Taillefert demandait aussi que l'on remît en vigueur l'art. 374 du même code, abrogé en 1819, et qui prononçait, dans tous les cas, contre le calomniateur, l'interdiction de certains droits civils et politiques pendant cinq ans au moins, à partir du jour où il avait subi sa peine.

L'Assemblée Nationale se borna à faire droit aux conclusions du rapporteur, en ce qui concernait la disposition principale du décret-loi, c'est-à-dire l'art. 1[er].

Le premier paragraphe de cet article est fort clair : *L'art. 75 de la Constitution de l'an* VIII *est abrogé*, dit le texte. Cette rédaction ne pouvait soulever aucune difficulté.

Mais le paragraphe 2 du même article déclare également abrogées *toutes autres dispositions des lois générales ou spéciales* ayant le même objet. Les jurisconsultes se sont, en grande majorité, trouvés d'accord pour reconnaître dans les « lois spéciales » dont parle le décret ces dispositions particulières, énumérées dans la première partie de ce travail, toutes élaborées sous le premier Empire et ayant pour but de déléguer à des autorités administratives secondaires les pouvoirs attribués au Conseil d'Etat par l'art. 75. Celles de ces dispositions qu'aucune loi nouvelle n'avait supprimées avant 1870 se trouvaient donc abrogées *ipso facto*. De ce nombre étaient, par exemple, l'arrêté du 9 Pluviôse an x, attribuant au directeur général de l'Enregistrement le droit d'autoriser les poursuites contre les employés de son administration, sans recourir au Conseil d'Etat ; et l'arrêté du 10 Floréal de la même année, qui laissait aux préfets le soin de dénoncer aux tribunaux, après avoir pris l'avis des sous-préfets, les percepteurs des Contributions directes, pour des faits relatifs à leurs fonctions.

Toutes ces dispositions *spéciales* étaient donc visées par le décret du 19 Septembre. Mais l'opinion à peu près unanime pour consacrer cette manière de voir se partagea, au contraire, en deux camps bien distincts quand il fallut désigner les *lois générales*

que le même décret déclarait abrogées. La controverse fut longue et passionnée. Nous ne prétendons pas en donner d'ores et déjà la solution. Son histoire est l'histoire même des faits que nous allons exposer.

Position de la question. — Les lois générales auxquelles fait allusion le décret du 19 Septembre 1870, sont-elles les lois des 16-24 Août 1790 et 16 Fructidor an III, interdisant aux tribunaux, sous peine de forfaiture, de connaître des actes administratifs et de citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions ? Ces lois proclament, on l'a vu, la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire ; elles réservent à l'administration seule, et dans son intérêt exclusif, la connaissance de tous les litiges où elle est engagée soit par elle-même, soit dans la personne des administrateurs ses représentants. Cette garantie générale, appelée depuis garantie *réelle*, essence du droit public de la Révolution, est antérieure à la garantie spéciale de l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII, qui s'inspire des mêmes principes, mais que l'on a désignée, pour la mieux distinguer de l'autre, sous le nom de garantie *personnelle*. Or, cette dernière garantie vient d'être abrogée par le décret-loi du 19 Septembre 1870. De plus, ce texte déclare abroger aussi les lois générales ayant le même objet. Si l'on reconnaît, dans ces lois générales, celles précitées de 1790 et de l'an III, on va porter au principe de séparation des pouvoirs proclamé par elles une atteinte considérable.

Telle est la question, grosse de conséquences, qui fut posée par le décret du 19 Septembre 1870. De la façon dont elle serait résolue, pouvait dépendre le bouleversement ou le maintien d'une partie de notre droit public.

Or, il est certain qu'après la ratification du décret par l'Assemblée Nationale, les poursuites contre les fonctionnaires semblaient à beaucoup désormais libres de toute entrave, et régies seulement par le droit commun. (1)

Loi du 24 Mai 1872. — Mais, en 1872, se produisit un événement important dans l'histoire des idées relatives à notre matière. Une loi du 24 Mai réorganisa le Conseil d'Etat et institua un Tribunal des conflits (art. 25 à 28). Cette juridiction se compose, conformément à la loi précitée : 1° du Garde des sceaux, président ; 2° de trois conseillers d'Etat en service ordinaire, élus par les conseillers en service ordinaire ; 3° de trois conseillers à la Cour de Cassation, nommés par leurs collègues ; 4° de deux membres et deux suppléants, élus par la majorité des autres juges (art. 25). Il ne pouvait raisonnablement, semble-t-il, venir à la pensée de personne que le

(1) Le 18 Septembre 1870, la veille même du jour où parut le décret, une commission nommée par le Gouvernement de la Défense pour examiner la question de la suppression absolue de toute juridiction administrative, avait, à l'unanimité, émis un vœu favorable.

décret de 1870, même interprété littéralement, c'est-à-dire en comprenant dans les *lois générales* dont il parle celles de 1790 et de l'an III, eût aboli le principe de la séparation des pouvoirs, par simple extension de ses dispositions à tout le contentieux administratif. Abstraction faite des poursuites contre les fonctionnaires, la question des compétences administrative et judiciaire devait se poser encore dans bien des cas. Le Tribunal des conflits, à cette époque, n'avait donc pas été créé en vue de la restauration d'un système analogue à celui de la Constitution de l'an VIII. Mais on s'aperçut alors d'un fait qui, depuis l'abrogation de l'art. 75, n'avait peut-être pas encore nettement frappé les esprits : le décret de 1870, en supprimant l'autorisation préalable du Conseil d'Etat dans les poursuites des fonctionnaires, avait, en somme, simplement dégagé la garantie administrative des particularités qui, depuis l'an VIII, la faisaient vivre en dehors du mécanisme général de la séparation des pouvoirs et des règles de compétence. Depuis l'an VIII, en effet, la nécessité de l'autorisation préalable n'avait plus le caractère d'un conflit d'attribution (nous l'avons montré dans la première partie de cette étude). Et l'ordonnance du 1er Juin 1828, texte fondamental en matière de conflits, dans son art. 3, disposait ainsi : « Ne donneront pas lieu au conflit : 1° le défaut d'autorisation de la part du gouvernement, lorsqu'il s'agit de poursuites dirigées contre ses agents ; 2° ..... etc.....»

L'effet de la loi du 24 Mai 1872 fut donc de montrer nettement les deux voies différentes qui s'ouvraient : la première conduisait à considérer désormais les poursuites contre les fonctionnaires comme soustraites à la règle générale des compétences et au principe de séparation des pouvoirs. Or, on ne pouvait se le dissimuler, cette soustraction, — car s'en était une, la séparation des pouvoirs étant redevenue *virtuellement* applicable à ces poursuites après l'abrogation de l'art. 75, — cette soustraction portait un grand coup à la séparation des pouvoirs elle-même et faisait brèche dans le vieil édifice. Mais, s'il était possible de revenir sur ses pas et de s'engager dans une voie autrefois connue, rouverte, celle-là, par la loi du 24 mai 1872, ne pourrait-on concilier ces choses qui, d'abord, avaient paru inconciliables, l'intégrité de la séparation des pouvoirs et le texte du décret de 1870 ? Le moyen consistait simplement à user du conflit. De cette façon, les tribunaux judiciaires juges, s'il y avait lieu du *fait personnel* au fonctionnaire, laisseraient à la juridiction administrative le soin de se prononcer sur la *valeur administrative* de l'acte.

Des deux voies qui s'ouvraient ainsi devant elle, la jurisprudence choisit d'abord la nouvelle. Elle interpréta littéralement le décret de 1870. Sa première décision importante est l'arrêt de la Cour de Cassation rendu le 3 Juin 1872, dans l'affaire Méyère contre Rollin (1).

[1] D. 72. 1. 385.

Arrêt de Cassation du 3 Juin 1872 (Général Méyère) (1). — Pendant la guerre franco-allemande, le général Méyère, commandant la subdivision de Langres, alors en état de siège, avait fait arrêter et incarcérer pendant 15 jours le sieur Rollin, à la suite d'une conversation qualifiée par le général

(1) Il existe une décision sur conflit, rendue le 7 Mai 1871 par la commission provisoire chargée de remplacer le Conseil d'Etat, et relative à notre matière. Mais, comme on ne saurait, à notre avis, y voir réellement et malgré ses conclusions, une interprétation littérale du décret de la défense Nationale, nous la discutons simplement en note au lieu de lui réserver une place dans le corps même de notre étude.

Voici l'espèce. Le sieur Engelhard, préfet du département de Maine-et-Loire, avait pris un arrêté suspendant pour deux mois deux journaux de son département. Cet arrêté se fondait notamment sur ce que les rédacteurs de ces publications périodiques excitaient leurs concitoyens à la guerre civile et trahissaient, par conséquent, la Patrie en danger. Les sieurs de Cumont et Stofflet, rédacteurs des journaux en question, assignèrent le préfet devant la juridiction civile. La cour d'appel d'Angers, compétente pour connaître des délits de droit commun commis par les préfets, aux termes de la loi du 20 Avril 1810, fut saisie de l'affaire. Le préfet proposa un déclinatoire, qui fut rejeté par la cour, motifs pris de ce que le décret de 1870 avait abrogé l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII et qu'aucune autorisation préalable n'était plus exigée. Le préfet, persistant dans son attitude, éleva le conflit. Dans l'arrêté pris à cet effet, il était dit que le décret du 19 Septembre 1870, en supprimant l'autorisation préalable exigée par l'art. 75, s'était borné à restituer à l'initiative individuelle la liberté d'agir directement, mais qu'il n'avait nullement modifié ou détruit le grand principe

d'inconvenante, au cours de laquelle Rollin avait échangé quelques paroles assez vives avec un officier. Le général Méyère, pour justifier sa conduite, prétexta des pouvoirs très étendus que lui donnait la loi du 9 Août 1849 sur l'état de siège. A la demande de Rollin, le tribunal civil de Langres rendit, quel-

de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire. Dans un nouvel arrêt, la cour déclara passer outre, sous prétexte que la matière était correctionnelle et qu'on ne se trouvait pas en présence des cas prévus par l'ordonnance du 1er Juin 1828 [art. 2].

La commission provisoire chargée de remplacer le Conseil d'Etat, annula l'arrêté de conflit pris par le préfet. « Considérant », dit la décision, « qu'aux termes de l'art. 2 de l'ordonnance du 1er Juin 1828 ; *il ne peut être élevé de conflit en matière correctionnelle que lorsque la répression du délit est attribuée par une disposition législative à l'autorité administrative, ou lorsque le jugement à rendre par le tribunal dépend d'une question préjudicielle dont la connaissance appartient à l'autorité administrative ; — Considérant que l'action exercée dans l'espèce tendait, non à faire annuler l'acte administratif de suspension pris contre les demandeurs, mais à obtenir la réparation du préjudice résultant de faits délictueux qui auraient accompagné cet acte ;* qu'une telle action, quoique intentée contre un fonctionnaire public à l'occasion ou dans l'exercice de sa fonction, est, aux termes des lois de 1790, des art. 1, 3, 179 et suiv. du c. d'intr. criminelle, 13 et 18 de la loi du 17 Mai 1819, de la compétence exclusive de l'autorité judiciaire..... ; — que si, sous l'empire de l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII, la poursuite était, en pareil cas, subordonnée à l'autorisation préalable du gouvernement, statuant après avoir entendu le Conseil d'Etat, cette disposition a été abrogée par le décret du 19 Septembre 1870... etc. ; » Cette

ques jours après l'incarcération, un jugement par défaut ordonnant la mise en liberté immédiate du détenu et condamnant le général à 2.000 francs de dommages-intérêts. Sur opposition du général, nouveau jugement, confirmation du premier avec élévation de la somme des dommages. Sur appel, la

décision fut rendue contrairement aux conclusions de M. Laferrière. Il est d'usage courant de la considérer comme fondamentale dans l'interprétation libérale du décret de 1870. Nous ne partageons pas tout à fait cette manière de voir. L'arrêt sur conflit du 7 Mai 1871 a-t-il eu pour but, dans ses considérants, de porter atteinte à la séparation des pouvoirs? Nullement. A-t-il déclaré que, dans l'espèce, (préjudice causé par un acte administratif), les tribunaux ordinaires étaient seuls juges du point de savoir si l'acte incriminé se trouvait entaché de faute personnelle à son auteur ? Pas davantage.

En effet, les considérants que l'on vient de lire peuvent se résumer dans le syllogisme que voici :

1° L'ordonnance de 1828, sur laquelle se fonde l'arrêté de conflit, vise le cas où le jugement à rendre par le tribunal dépend d'une question préjudicielle dont la connaissance appartient à l'autorité administrative.

2° Or, l'action intentée contre l'auteur de l'acte d'administration incriminé, *tendait non pas à faire annuler cet acte*, mais à obtenir la réparation du préjudice qu'il a causé ;

3° *Il n'y a donc pas de question préjudicielle, et l'ordonnance de 1828 est inapplicable.*

La conclusion de ce raisonnement nous semble fausse. Demander la réparation en justice d'un préjudice causé par un acte administratif, c'est évidemment mettre cet acte en cause, bien qu'on n'aille pas jusqu'à en demander l'annulation. Et cet acte, quoique entaché de tous les vices, doit être forcément, *a priori*, et jusqu'à preuve du contraire, considéré comme administratif. Cette interpréta-

cour de Dijon confirma encore le jugement de première instance et se contenta de réduire à 1.000 fr. la réparation pécuniaire. — Le général se pourvut alors en cassation. Il fondait son pourvoi sur la violation du principe de la séparation des pouvoirs,

tion de l'acte peut être attribuée, soit à l'autorité administrative, soit à l'autorité judiciaire, suivant les systèmes adoptés. Mais la question préjudicielle ne saurait être éludée en acun cas. Or, les considérants précités n'en attribuent la solution ni au tribunal judiciaire, ni à la juridiction administrative ; ils se contentent de la méconnaître. Cela admis, les arguments tirés des lois de 1790 et surtout du décret-loi du 19 Septembre 1870 paraîtront superflus. Si, comme le dit la décision de la commission provisoire, aucune question préjudicielle ne peut être soulevée dans l'espèce, relativement à la nature de l'acte, la suppression de l'autorisation préalable importe peu. Nous savons en effet que depuis l'arrêt de Cassation du 12 Mars 1829, (voir 1re partie de cette étude — la jurisprudence — appendice), l'appréciation de la qualité de l'agent et de la nature de l'acte incriminé relevaient de la compétence judiciaire. Donc, même sous le régime de l'art. 75, — en admettant toujours comme point de départ les considérants que nous commentons — le Conseil d'Etat n'eût jamais été saisi de l'affaire. A plus forte raison devait-il en être ainsi depuis l'abrogation de l'art. 75. Le décret du 19 Septembre 1870 ne visait donc pas — interprété de la façon la plus libérale, comme prétendait l'interpréter la décision de la commission provisoire — le cas, où, *a priori*, aucune question préjudicielle ne pouvait s'élever, car ses dispositions devenaient alors sans objet.

L'importance de l'arrêt sur conflit du 7 Mai 1871 nous semble, dans ces conditions, singulièrement exagérée. — V. aussi décision sur conflit 7 Mai 1871 — Ve Dune c. Engelhard. D. 72. 3. 18.

consacré par la loi des 16-24 Août 1790 et le décret du 16 Fructidor an III, sur la violation de l'art. 10 de la loi du 10 Juillet 1791, et de l'art. 101 du décret du 24 Décembre 1811, relatifs à l'autorité du commandant d'une place militaire en l'état de siège.

Conformément aux observations du rapporteur, M. Dagallier, la Cour de Cassation écarta le moyen tiré des textes de 1791 et du 24 Décembre 1811. Il s'attacha, en effet, à démontrer que rien, ainsi que l'avait décidé la cour de Dijon dans l'arrêt attaqué, ne prouvait que le sieur Rollin fût militaire au moment où l'incarcération avait été ordonnée par le général, et que, d'ailleurs, la question de savoir si Rollin devait être assimilé à un militaire était de la compétence des tribunaux de droit commun. L'avocat général Reverchon formula ensuite ses conclusions. — Le décret du 19 Septembre 1870, dit-il en substance, s'oppose à l'admission du pourvoi pour violation, par la cour de Dijon, du principe de séparation des pouvoirs. A ce principe, le décret de 1870 déroge d'une façon absolue. Il le laisse subsister pour tout ce qui ne concerne pas les poursuites contre les fonctionnaires, mais oblige à le méconnaître en cette matière. Aucune question préjudicielle ne peut donc se poser, relativement à l'interprétation de l'acte administratif qui a causé le préjudice. En vertu du décret du 19 Septembre 1870, cette appréciation relève des tribunaux judiciaires.

La Cour suprême rendit alors un arrêt dont voici les motifs principaux : « Attendu que le décret rendu par le Gouvernement de la Défense Nationale le 19

Septembre 1870, lequel abroge toutes les dispositions des lois générales ou spéciales, ayant pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre les fonctionnaires publics de tout ordre, *a nécessairement pour effet d'appeler les tribunaux à apprécier et qualifier les actes imputés aux agents du Gouvernement et qui donnent lieu à une action en réparation civile* ; — Attendu que si les tribunaux saisis devaient surseoir à statuer sur le fond, jusqu'à ce que l'acte imputé eût été soumis à l'examen de l'autorité administrative, ce serait faire revivre, sous une autre forme, en faveur des agents poursuivis, la garantie stipulée par l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII que le décret du 19 Septembre 1870 a eu pour but de faire entièrement disparaître ; ... etc... » Conformément aux conclusions de M. Reverchon, la Cour rejeta le pourvoi du général Méyère. Un tel arrêt était bien de nature à fixer la jurisprudence. On ne saurait en méconnaître la portée juridique. Le décret de 1870 a, selon lui, *nécessairement pour effet d'attribuer aux tribunaux l'appréciation et la qualification des actes imputés aux fonctionnaires et qui donnent lieu à une action en réparation civile.* L'arrêt Méyère déclare, de la façon la moins équivoque possible, qu'une question préjudicielle existe, mais qu'en vertu du décret de 1870 il appartient aux seuls tribunaux judiciaires de la résoudre en même temps que de statuer au fond. Cela est net.

Cette décision de la Cour suprême, à raison même de sa netteté, semble déjà faire prévoir la jurisprudence future, pourtant bien différente. Elle montre,

en effet, dans toutes ses conséquences, les résultats du décret de 1870 interprété littéralement. Nous n'en voulons pour preuve que certains passages du rapport de M. Dagallier et les conclusions de M. Reverchon, rapport et conclusions conformes à la décision rendue. « Je ne me dissimule pas », disait le conseiller-rapporteur, « que c'est là une atteinte portée au principe de la séparation des pouvoirs ; mais qu'y faire ? la loi l'a ainsi voulu, et elle ne peut être exécutée qu'à ce prix. » Et l'avocat général disait ensuite : « Avant 1870, l'administration avait deux armes pour se défendre contre les empiètements si redoutés, trop redoutés, peut-être, de l'autorité judiciaire : elle avait l'arme du conflit pour protéger ses actes, l'arme de l'autorisation préalable pour protéger ses agents. De ces deux armes, il y en a une qui lui a été enlevée par le décret du 19 Septembre 1870 ; mais l'autre subsiste jusqu'à ce jour. » Donc, en même temps que l'interprétation littérale et libérale du décret de 1870, deux idées règnent : *1° la séparation des pouvoirs subsiste malgré l'abrogation de l'art. 75 de la Constitution de l'an* VIII ; *2° le décret de 1870 a porté un grand coup à l'application générale de ce principe.* D'autre part, presque au moment même où s'affirmait la jurisprudence de l'arrêt Méyère, la loi du 24 Mai 1872 réorganisait, nous le savons, la juridiction administrative suprême c'est-à-dire le Conseil d'Etat, et constituait un Tribunal des conflits. D'ores et déjà, une voie nouvelle s'ouvrait pour les jurisconsultes chargés d'appliquer le décret de 1870. Les deux idées que nous venons de

noter étant admises, il ne restait qu'un pas à faire pour orienter la jurisprudence vers une interprétation nouvelle qui conciliât tout ensemble le libéralisme et la tradition. Ce fut l'œuvre dn Tribunal des conflits dans la décision Pelletier du 30 Juillet 1873.

Arrêt de Cassation Engelhard (25 Janvier 1873) (1). — Pourtant, la Cour suprême persista quelque temps encore dans sa manière de voir. L'occasion lui en fut offerte par les suites données à l'affaire de Cumont et Stofflet, après la décision sur conflit dont nous avons déjà parlé. Le sieur Engelhard, ancien préfet de Maine-et-Loire, condamné plusieurs fois à des réparations pécuniaires envers les sieurs de Cumont et Stofflet, qu'il avait diffamés dans un arrêté préfectoral, renvoyé à diverses reprises par la Cour de Cassation devant la cour d'Angers, puis, pour cause de suspicion légitime, devant la cour d'Orléans, et toujours condamné, se pourvut une dernière fois en cassation contre l'arrêt de cette cour. Son pourvoi se fondait sur deux moyens, le premier pris de la violation prétendue du principe de la séparation des pouvoirs.

« Attendu, dit la Cour suprême, que l'arrêt attaqué n'a ni interprété, ni apprécié cet acte administratif, qui a reçu son entière exécution ; — qu'il a seulement, étant saisi de la poursuite d'un délit, cherché les éléments de ce délit dans les motifs énoncés à l'appui de l'arrêté et dans la publicité qui lui a été donnée ;

(1) D. 73. 1. 289.

et qu'il a trouvé, dans ces deux éléments, une atteinte portée à la considération des plaignants; — Attendu, en droit, que si la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire, est un principe essentiel de notre droit public. et si, aux termes des lois des 16-24 Août 1790 et 16 Fructidor an III, il est fait défense aux tribunaux de connaître des actes administratifs, il ne s'en suit pas qu'ils ne puissent, lorsqu'ils sont saisis de la poursuite d'un délit, apprécier les faits qui se rattachent à ces actes, les motifs qui leur ont servi de base et la responsabilité qui peut en résulter; — Attendu que ce droit ne peut être dénié aux tribunaux sans rendre illusoire le recours des citoyens à la justice; — que ce droit leur appartenait, même sous l'empire de l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII, et qu'il n'en saurait être autrement depuis que l'abrogation de cet article, prononcée par le décret du 19 Septembre 1870, a eu pour effet de restituer aux citoyens le droit de saisir directement les tribunaux des demandes en réparation du préjudice que les procédés arbitraires ou excessifs des fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions ont pu leur faire éprouver... etc... » La Cour de Cassation rejeta le pourvoi du sieur Engelhard.

Il semble, si l'on compare ces motifs avec ceux de l'arrêt Méyère, que les derniers soient déjà plus timides. L'arrêt Méyère considérait le décret du 19 Septembre 1870 comme ayant nécessairement pour effet d'appeler les tribunaux à apprécier et qualifier les actes imputés comme fautes aux agents du gouvernement, et qui donnent lieu à une action en

réparation civile. Cette décision déclarait aussi que tout sursis imposé aux tribunaux jusqu'à ce que l'acte imputé eût été soumis à l'examen de l'autorité administrative équivalait à un retour au système de l'autorisation préalable. L'arrêt Engelhard dit au contraire que les tribunaux, en pareil cas, pourront seulement apprécier les faits délictueux qui se rattachent à des actes d'administration, ainsi que les motifs qui leur ont servi de base et la responsabilité qui peut en résulter. Cela est, évidemment, beaucoup moins net, beaucoup moins affirmatif. (1) En un mot, la décision du *25 Janvier 1873* semble, par ses considérants, prévoir déjà la distinction, qui sera bientôt faite entre l'acte administratif et la faute personnelle du fonctionnaire.

[1] V. aussi : *Cass. crim.*, 20 Juin 1873. Petit.

V. *Cass.*, 3 Août 1874. Valentin. D. 76, 1. 297. — Nous parlerons de cet arrêt dans notre conclusion.

CHAPITRE II

De 1873 à 1877

Décision rendue par le Tribunal des Conflits, le 30 Juillet 1873, dans l'affaire *Pelletier*. Cette décision engage la jurisprudence dans la voie ouverte par la loi du 24 Mai 1872 : le décret du 19 Septembre 1870 ne saurait avoir abrogé les lois générales de 1790 et de l'an III. — Distinction entre la prohibition générale établie par elles et la prohibition particulière de la Constitution de l'an VIII. Garantie réelle. Garantie personnelle. Cette dernière garantie étant seule abolie, l'autorité administrative conserve le droit d'élever le conflit d'attribution devant les tribunaux ordinaires. Conséquences : distinction entre la faute personnelle et l'acte administratif; les tribunaux ne pourront connaître que de la faute personnelle. — Critérium permettant de distinguer la faute personnelle de l'acte administratif : décision rendue par le tribunal des conflits le 5 Mai 1877 dans l'affaire *Laumonnier-Carriol* ; excès de pouvoir, abus de pouvoir. Système nouveau résultant de la jurisprudence du tribunal des conflits. Distinction entre l'excès de pouvoir et le fait de service, entre le fait de service et la faute personnelle.

La période qui s'ouvre est caractérisée par une sorte de retour de la jurisprudence vers son point de départ. A la question de savoir si le décret de 1870 avait eu pour effet d'abroger les lois de 1790 et de

l'an III, relativement aux poursuites dirigées contre les fonctionnaires, la Cour de Cassation avait fait une réponse affirmative. Conséquence : le principe de séparation des pouvoirs se trouvait gravement atteint. Le Tribunal des conflits, dans la fameuse affaire Pelletier, repoussa cette solution. Nous allons examiner, avec les suites qu'elle entraîne, la théorie qu'il édifia et qui règne encore de nos jours.

Décision sur conflit du 30 Juillet 1873. (Pelletier). — En 1873, la ville de Creil étant encore en état de siège, le général de Ladmirault, commandant la division militaire, avait ordonné au sieur Leudot, commissaire spécial de police, d'opérer la saisie du premier numéro du journal *Le Devoir*. A la suite de ce fait, le sieur Pelletier, propriétaire-gérant du journal, assignait devant le tribunal civil de Senlis le général de Ladmirault, le sieur Choppin, préfet de l'Oise, et le sieur Leudot, commissaire de police à Creil, à l'effet de voir déclarer illégale et, par suite, nulle et de nul effet, la saisie opérée, d'entendre ordonner la restitution des exemplaires saisis, et de s'entendre condamner solidairement à 2.000 francs de dommages-intérêts, pour le préjudice causé. Le préfet de l'Oise éleva le conflit. Le Tribunal des conflits rendit sa décision le 30 Juillet 1873, conformément aux conclusions de M. David, commissaire du gouvernement ; et l'arrêté de conflit du préfet de l'Oise fut confirmé. Cet arrêté revendiquait pour l'autorité administrative les questions préjudicielles qui se posaient, à l'occasion de l'ins-

tance engagée, tout en reconnaissant au tribunal la compétence pour statuer au fond, c'est-à-dire sur la restitution des exemplaires saisis et sur les dommages-intérêts. Les questions préjudicielles visées par l'arrêté étaient au nombre de trois : 1° La loi du 9 Août 1849, sur l'état de siège, n'exigeant pas l'autorisation préalable de l'autorité militaire pour la publication d'un journal, cette autorité avait-elle le pouvoir d'en ordonner la saisie avant la publication ? — 2° Le décret du 8 Août 1870, déclaratif de l'état de siège dans le département de l'Oise, n'était-il pas inconstitutionnel pour défaut de ratification par le Sénat dans le plus bref délai, conformément à l'art. 12 de la Constitution de 1852, ou tout au moins dénué de force exécutoire pour défaut d'insertion au Bulletin des lois ? — 3° Quels étaient au juste les rapports de subordination qui pouvaient exister entre le général, le préfet et le commissaire de police ?

De la solution donnée à ces questions dépendait en effet la qualification de l'acte administratif, cause du préjudice. Si l'autorité compétente reconnaissait à cet acte le caractère administratif, le tribunal judiciaire se trouvait dessaisi de l'action.

Voici maintenant les principaux motifs de la décision rendue (1) : « Le Tribunal des conflits : — Vu la loi des 16-24 Août 1790 art. 13, et celle du 16 Fructidor an III ; — Vu l'art. 75 de la Constitution de l'an 8 ; — Vu le décret rendu par le Gouvernement de la

(1) D. 1874. 3. 5.

Défense Nationale le 19 Septembre 1870 ; — etc..... Considérant que l'ensemble de ces textes établissait deux prohibitions distinctes, qui, bien que dérivant l'une et l'autre du principe de la séparation des pouvoirs dont elles avaient pour but d'assurer l'exacte application, se référaient néanmoins à des objets divers et ne produisaient pas les mêmes conséquences au point de vue de la juridiction ; que la prohibition faite aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, constituait une règle de compétence absolue et d'ordre public destinée à protéger l'acte administratif et qui trouvait sa sanction dans le droit conféré à l'autorité administrative de proposer le déclinatoire et d'élever le conflit d'attributions, lorsque, contrairement à cette prohibition, les tribunaux judiciaires étaient saisis de la connaissance d'un acte administratif ; — Que la prohibition de poursuivre les agents du gouvernement sans autorisation préalable, destinée surtout à protéger les fonctionnaires publics contre des poursuites téméraires, ne constituait pas une règle de compétence, mais créait une fin de non-recevoir formant obstacle à toutes poursuites dirigées contre ces agents, pour des faits relatifs à leurs fonctions, alors même que ces faits n'avaient pas un caractère administratif et constituaient des crimes ou délits de la compétence des tribunaux judiciaires ; — ..... Considérant que *le décret rendu par le gouvernement de la Défense Nationale*, qui abroge l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII, ainsi que toutes les autres dispositions des

lois générales et spéciales ayant pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre les fonctionnaires publics de tout ordre, *n'a eu d'autre effet que de supprimer la fin de non-recevoir résultant du défaut d'autorisation, avec toutes ses conséquences légales et de rendre ainsi aux tribunaux judiciaires toute leur liberté d'action dans les limites de leur compétence ; mais qu'il n'a pu avoir également pour conséquence d'étendre les limites de leur juridiction, de supprimer la prohibition qui leur est faite, par d'autres dispositions que celles spécialement abrogées par le décret, de connaître des actes administratifs et d'interdire dans ce cas à l'autorité administrative le droit de proposer le déclinatoire et d'élever le conflit d'attribution ; — Qu'une telle interprétation serait inconciliable avec la loi du 24 Mai 1872 qui, en instituant le Tribunal des conflits, consacre à nouveau le principe de la séparation des pouvoirs et les règles de compétence qui en découlent* ; — ..... etc..... décide : l'arrêté de conflit pris par le préfet de l'Oise est confirmé. »

Reprenons les termes de cette décision. Nous y retrouvons l'idée formulée plusieurs fois déjà au cours de cette étude, à savoir que la garantie des fonctionnaires administratifs, née de la séparation des pouvoirs, sous la Révolution, n'avait été, d'abord qu'une application du principe, application soumise aux règles générales qui le gouvernaient ; mais que l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, soustrayant l'institution à ces règles générales, en avait fait une

sorte d'organisme distinct, vivant d'une vie propre, à côté et en dehors de la séparation des pouvoirs elle-même. Le décret de 1870, en abrogeant le texte de l'an VIII, ne pouvait donc que soumettre de nouveau la garantie au principe général qui l'avait engendrée.

Et, en effet, les considérants de notre décision montrent bien quel était l'objet de l'art. 75 ; il ne constituait pas une règle de compétence ; ces règles étaient formulées par les lois de 1790 et de l'an III ; mais il créait une fin de non-recevoir particulière, qui n'avait pas le caractère d'un conflit. Par contre, présentaient bien ce caractère toutes les autres évocations, devant l'autorité administrative, des affaires que cette autorité voulait enlever à la connaissance des tribunaux de droit commun. L'article 75 avait donc, à côté de la sphère générale d'application de la séparation des pouvoirs, créé une sphère spéciale, dans laquelle se mouvait la garantie des fonctionnaires.

M. David, commissaire du gouvernement, avait exprimé la même idée sous une forme particulièrement juridique : — on a, disait-il, confondu les actes administratifs, « protégés par *la garantie réelle*, qui est de l'essence même du principe de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire, et les faits relatifs aux fonctions, protégés autrefois par la *garantie personnelle* aux agents de l'administration. » — Eh bien ! continuaient les considérants, le décret de 1870 a seulement supprimé la fin de non-recevoir, l'autorisation préalable du Conseil d'Etat ; désormais, les tribunaux judiciaires auront leur liberté

d'action *dans les limites de leur compétence.* Cette dernière restriction est particulièrement importante ; de ces limites dépendent en effet le respect ou la violation du principe de séparation des pouvoirs. A quels textes se référer, dès lors, pour les tracer ? Simplement aux lois de la Révolution, entre autres à celles des 16, 24 Août 1790 et 16 Fructidor an III ; et ces textes non abrogés d'une façon formelle par le décret-loi, même en ce qui concerne les seules poursuites contre les fonctionnaires, devront toujours recevoir leur pleine application.

Conséquences : A) *La garantie personnelle est abolie ; la garantie réelle subsiste.* — Donc, *première conséquence de la décision :* le décret de 1870 a simplement abrogé l'art. 75, c'est-à-dire *la garantie personnelle* aux agents administratifs ; il a laissé subsister les lois générales de 1790 et de l'an III, relatives à la séparation des pouvoirs et aux règles de compétence ; *la garantie réelle* qu'elles ont instituée reste donc intacte.

B) *Distinction entre l'acte administratif et la faute personnelle. Les tribunaux ne pourront connaître que de celle-ci.* — Mais, la partie des considérants que nous avons passée sous silence entraîne une deuxième conséquence. « Considérant que l'interdiction et la saisie du journal ordonnées par le général de Ladmirault, en sa qualité de commandant de l'état de siège dans le département de l'Oise, constituent une mesure préventive de haute police administrative prise

par le général de Ladmirault, agissant comme représentant de la puissance publique, dans l'exercice et la limite des pouvoirs exceptionnels que lui conférait l'art. 9, n° 4 de la loi du 9 Août 1849 sur l'état de siège, et dont la responsabilité remonte au gouvernement qui lui a délégué ses pouvoirs ; — *Considérant que la demande de Pelletier se fonde exclusivement sur cet acte de haute police administrative ; qu'en dehors de cet acte il n'impute aux défendeurs aucun fait personnel de nature à engager leur responsabilité particulière, et qu'en réalité la poursuite est dirigée contre cet acte lui-même, dans la personne des fonctionnaires qui l'ont ordonné, ou qui y ont coopéré.* — Considérant qu'à tous ces points de vue le Tribunal de Senlis était compétent pour connaître de la demande de M. Pelletier ; etc..... »

On le voit donc, le tribunal des conflits établit une distinction entre *l'acte administratif* et le *fait personnel du fonctionnaire.* Avant d'entrer dans l'examen détaillé de ces termes, il convient d'observer que la dernière partie des considérants précités s'imposait, après l'interprétation qu'on vient de lire du décret de 1870. Ce texte n'a eu pour effet que d'abroger l'art. 75 et la nécessité de l'autorisation préalable (garantie personnelle) ; il a laissé subsister le principe de séparation des pouvoirs administratif et judiciaire (garantie réelle). En d'autres termes, la responsabilité des fonctionnaires se trouve régie, à nouveau, par les principes généraux de la séparation des pouvoirs. Or, les lois de

la Révolution interdisent aux tribunaux judiciaires de connaître des actes administratifs. Sur quoi s'exercera donc la compétence des tribunaux ? Sur la faute personnelle à l'agent. Telle est la deuxième conséquence de la décision Pelletier.

Mais nous ne percevons pas encore nettement les caractères de la faute personnelle et le critérium qui permettra de la distinguer de l'acte administratif. Cet acte, pour être abandonné par l'autorité administrative, devra dégénérer en faute personnelle. En quoi consistera cette dégénérescence ? Tel est le point délicat à résoudre. Voyons si la jurisprudence du Tribunal des conflits, qui suivit celle de la décision Pelletier, nous fournira quelques indications à cet égard.

Décision sur conflit du 5 Mai 1877 (Laumonnier-Carriol). (1) Deux arrêtés du préfet de Maine-et-Loire avaient ordonné, en 1874, la fermeture d'une fabrique d'allumettes chimiques. Le sieur Laumonnier-Carriol, propriétaire de la fabrique, s'était pourvu contre cet arrêté devant le Conseil d'Etat. Par arrêt du 26 Novembre 1875, cette juridiction avait annulé l'arrêté préfectoral, pour excès de pouvoir. Le sieur Laumonnier-Carriol se pourvut alors devant le tribunal civil d'Angers. Il assigna MM. Mathieu-Bodet et Magne, ex-ministres des finances, et M. Merlet, ex-préfet de Maine-et-Loire, pour s'entendre condam-

1. D. 78. 3. 13.

ner, solidairement, à lui payer des dommages-intérêts, à raison du préjudice à lui causé par la fermeture de son établissement. Le préfet prit alors un arrêté de conflit, en date du 14 Février 1877. Le 5 Mai suivant, le Tribunal des conflits, conformément aux conclusions de M. le commissaire du gouvernement Laferrière, confirma cet arrêté. Dans ses considérants, la décision reproduisait d'abord, en des termes à peu près analogues, la distinction faite déjà en 1873 dans la décision Pelletier, entre la garantie réelle et la garantie personnelle, et refusait au décret du 19 Septembre 1870 le pouvoir d'abroger la première. Puis, tandis que la décision Pelletier se contentait d'attribuer aux tribunaux judiciaires la connaissance du fait personnel à l'agent, réserve faite des droits de l'administration sur l'appréciation du caractère de l'acte, la décision Laumonnier-Carriol fournissait un des éléments importants de la distinction. « Attendu, » disait-elle, « que dans l'espèce actuelle, la demande en dommages-intérêts portée devant le tribunal civil d'Angers par Laumonnier-Carriol est basée sur ce que la fermeture de sa fabrique d'allumettes chimiques a été ordonnée par deux arrêtés du préfet de Maine-et-Loire, en date des 29 Avril et 26 Septembre 1874, et sur ce que ces deux arrêtés préfectoraux ont été annulés pour excès de pouvoir, par décision du Conseil d'Etat du 26 Novembre 1875 ; — *Que ces deux arrêtés sont des actes administratifs* ; — *Que l'annulation prononcée par le Conseil d'Etat ne leur a pas fait perdre le caractère d'actes administratifs* ; — ..... etc... »

L'annulation à laquelle il est fait allusion avait été prononcée par le Conseil d'Etat pour excès de pouvoir. L'excès de pouvoir comprend quatre chefs : 1° Incompétence ; 2° Vice de forme ; 3° Illégalité ; 4° Détournement de pouvoir. Or, l'arrêt du Conseil d'Etat sus visé (1) établissait que le préfet « en ordonnant la fermeture de la fabrique d'allumettes en vertu des pouvoirs de police qu'il tenait des lois et réglements sur les établissements dangereux, incommodes ou insalubres, n'avait pas eu pour but les intérêts que ces lois ou règlements ont eu en vue de garantir » ; mais qu'il avait agi « en exécution d'instructions émanées du ministre des finances à la suite de la loi du 2 Août 1872 et dans l'intérêt d'un service financier de l'Etat. » Aux termes de l'arrêt, le préfet avait usé des pouvoirs de police qui lui appartenaient sur les établissements dangereux, insalubres ou incommodes « pour un objet autre que celui à raison duquel ils lui étaient conférés. » L'annulation de l'acte était donc fondée sur un cas de détournement de pouvoir. Le tribunal des conflits déclarait qu'un tel acte, bien qu'annulé, conservait, malgré tout, son caractère administratif, et, à ce titre, excluait le fait personnel et la compétence judiciaire.

Distinction entre l'excès de pouvoir et la faute personnelle — ou abus de pouvoir. Si l'excès de pouvoir ne suffit pas à enlever à l'acte son caractère adminis-

[1] D. 76. 3. 41.

tratif, à quoi devra-t-on reconnaître le fait personnel ? Dans les conclusions données par M. Laferrière, à l'occasion de l'affaire Laumonnier-Carriol, l'éminent commissaire du gouvernement s'est expliqué sur ce point délicat. « Si l'acte dommageable est impersonnel, s'il révèle un administrateur, un mandataire de l'Etat plus ou moins sujet à erreur, et non l'homme, avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences, l'acte reste administratif et ne peut être déféré aux tribunaux ; si, au contraire, la personnalité de l'agent se révèle par des fautes de droit commun, par une voie de fait, une imprudence, alors la faute est imputable au fonctionnaire, non à la fonction, et l'acte, perdant son caractère administratif, ne fait plus obstacle à la compétence judiciaire. » On se trouve alors en présence d'un abus de pouvoir.

L'abus de pouvoir, ou faute personnelle, est donc la faute dans laquelle apparaît la personne de l'agent, celle qu'aucun souci de bien remplir la fonction ne saurait excuser, celle qui se trouve tellement en dehors des simples erreurs, des applications de la loi, même erronées, qu'elle touche à la fraude. Il y a, dans l'abus de pouvoir, une manifestation de la mauvaise foi de l'agent ; c'est même le cas le plus fréquent ; cette mauvaise foi se traduit par un manque de conscience dans l'accomplissement de la fonction. L'abus de pouvoir peut aussi être dû à un manque d'intelligence dépassant les limites de l'erreur administrative. Ce qu'on demande au fonctionnaire, dit M. Hauriou (1), « c'est de ne pas commettre dans

(1) Précis de droit admin. 4e édit. p. 269.

l'exercice de ses fonctions de ces fautes que ne commet pas l'homme le moins intelligent ou le moins consciencieux dans la conduite de ses propres affaires. »

L'acte annulé pour excès de pouvoir conservera-t-il nécessairement son caractère administratif dans tous les cas? — Les motifs précités de la décision Laumonnier-Carriol semblent devoir faire opter pour l'affirmative. Pourtant, dans ses conclusions, M. Laferrière formulait sur ce point quelques réserves. Il donnait en exemple le cas où l'annulation serait motivée par une erreur grossière, par une usurpation manifeste, par une inexcusable atteinte aux droits privés. Mais cette opinion s'est affirmée en doctrine, (1) beaucoup plus qu'en jurisprudence. Nous ne possédons, à vrai dire, aucune décision formelle à cet égard. Le Tribunal des conflits admit pourtant, conformément aux conclusions de M. Laferrière, « que l'illégalité ou l'excès de pouvoir reprochés à un acte administratif, lors même qu'ils seraient reconnus par l'autorité compétente, ne le dépouilleraient pas de ce caractère, et n'auraient pas pour effet *nécessaire* de faire dégénérer la faute ou l'erreur administrative qui aurait été commise en une faute personnelle, de laquelle seule

(1) Laferrière. *Traité de la juridiction admin.* 2e éd. t. 1. p. 652. — Hauriou, *Précis de droit admin.* 4e éd. p. 270.

peut résulter la responsabilité civile. » (De Roussen, Edmond About et Hébrard c. Poupelet. — Tribunal des conflits, 15 Déc. 1877, D. 78, 3, 20). (1) Cette phrase semble donc admettre, à titre exceptionnel, la co-existence de l'excès de pouvoir avec la faute personnelle.

Système nouveau résultant de la jurisprudence du Tribunal des conflits. Distinction entre l'excès de pouvoir et le fait de service, entre le fait de service et la faute personnelle. — Les termes mêmes des deux décisions Pelletier et Laumonnier-Carriol paraissent entraîner des conséquences extrêmement rigoureuses. Si l'excès de pouvoir n'enlève pas à l'acte son caractère administratif, il semble qu'en l'excès de pouvoir doive se limiter la tolérance de l'Administration pour les fautes de ses représentants, et qu'en dehors de ces limites tout le reste ne soit plus qu'abus de pouvoir, c'est-à-dire faute personnelle détachable de l'acte. Comparons maintenant l'excès de pouvoir et l'ancien fait relatif aux fonctions, l'erreur qui semblerait permise aux administrateurs d'aujourd'hui avec celle des administrateurs d'autrefois. Nous constaterons alors que la notion du fait relatif aux fonctions est beaucoup plus large que celle de l'excès de pouvoir. L'excès de pouvoir est un vice de l'acte

(1) La même idée se trouve exprimée, en termes à peu près semblables, dans une décision sur conflit du 29 Déc. 1877 (affaire du Bulletin des Communes), que nous examinerons bientôt à un autre point de vue.

d'administration ; or, les actes d'administration ne peuvent émaner que d'autorités administratives, dont le nombre est assez restreint. Au contraire, on qualifiait fait relatif aux fonctions l'acte délictueux ou même criminel commis dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions par un agent du gouvernement ; et l'expression *agents du gouvernement* s'appliquait, elle-même, à un grand nombre de fonctionnaires, en dehors des autorités administratives proprement dites. La notion du fait relatif aux fonctions dépasse donc celle de l'excès de pouvoir de tout ce qui dépasse l'acte d'administration, jusqu'aux agissements des fonctionnaires les plus infimes. Ex. : un préfet (autorité administrative) use de ses pouvoirs dans un but autre que celui pour lequel ces pouvoirs lui ont été conférés par la loi, comme dans l'affaire Laumonnier-Carriol ; il commet un excès de pouvoir, et ce vice entache l'arrêté pris par lui (acte d'administration). Sous l'ancienne législation, un garde-forestier (agent du gouvernement), armé d'un fusil, conformément aux prescriptions de son administration, ayant blessé fortuitement une personne, cet acte a été couvert par la garantie comme fait relatif aux fonctions (Metz, 20 Août 1855). Il est certain que, de nos jours, la jurisprudence ne verrait pas dans cet acte un excès de pouvoir. Qu'y verrait-elle donc ? Car on peut mesurer maintenant toutes les conséquences d'une pareille théorie : borner la tolérance de l'administration à l'excès de pouvoir, c'est ne protéger que les autorités administratives, c'est laisser en dehors de toute garantie une foule de

fonctionnaires. Les projets de loi de 1832 et celui de 1849 que nous avons examinés (V. 1re partie) préconisaient un système assez semblable ; mais à l'époque où ils furent discutés, il s'agissait de supprimer la garantie, tout au moins de la restreindre au strict indispensable pour ne pas détruire en même temps la séparation des pouvoirs. Après 1873, au contraire, tous les efforts du Tribunal des conflits tendaient à la faire renaître. On ne s'expliquerait guère, d'ailleurs, l'influence sur la théorie moderne de la loi du 24 Mai 1872 et de la juridiction spéciale qu'elle rétablissait, si tant de litiges avaient dû rester en dehors de sa compétence.

Nous répétons alors notre question de tout-à-l'heure : qu'est-ce que la jurisprudence verrait dans un acte analogue à celui du forestier déjà cité ? Elle y verrait vraisemblablement un *fait de service*, entraînant l'irresponsabilité de l'agent, mais pouvant donner lieu au paiement d'une indemnité de la part de l'Administration. Le fait de service est, dit M. Hauriou, « l'accident qui se produit à l'occasion de l'exécution des services publics et qui est imputable aux administrations publiques considérées comme chefs de l'entreprise administrative ; » (1) il « ne constitue pas une faute civile, mais un fait non détachable de l'acte administratif, par conséquent un accident dû au fonctionnement même de la machine administrative. » (2)

[1] Hauriou. Précis de dr. admin. édit 1901, p. 258.

[2] id. id. p. 259.

Un fait non détachable de l'acte, cela ressemble assez à l'excès de pouvoir ; mais il s'agit ici *d'accidents* produits dans *l'exécution des services publics,* et non plus d'actes émanés des seules autorités administratives ; et, du coup, le nombre des agents protégés s'accroît considérablement, dépasse même celui des agents du gouvernement de l'ancienne jurisprudence (1). C'est donc le fait de service, non l'excès de pouvoir, qui limite la part d'erreur tolérée par l'Administration à ses représentants.

Certes, la confusion entre les deux notions est facile à commettre, surtout si l'on s'en tient à la lettre des décisions que nous venons d'analyser (2). La théorie de l'annulation d'un acte pour excès de pouvoir n'en diffère pas moins, d'une façon absolue, de celle du fait de service. La première n'est relative qu'aux seuls actes d'administration, et elle les envisage en eux-mêmes, au point de vue de leur légalité ; l'autre considère les actes administratifs en général, en tant qu'ils occasionnent des accidents, et sous le rapport du droit à réparation qui peut en résulter pour les administrés. Ces deux manières de voir

[1] Les maires, agissant non plus comme représentants du pouvoir central [ancienne jurisprud.], mais comme représentants de la commune, les conseillers généraux, les conseillers municipaux [confl. 13 Déc. 1879. Anduze] peuvent notamment bénéficier du système moderne.

[2] M. Hauriou le reconnaît implicitement, puisqu'il prévoit l'hypothèse où cette confusion se produirait. — Précis de dr. admin. 1901, p. 270, note 2.

doivent rester distinctes, de quelque façon que la juridiction administrative ait été saisie : que ce soit le Conseil d'Etat, directement, au moyen d'un recours contentieux émané d'un particulier, ou le Tribunal des conflits par un arrêté de préfet (1).

Au moment où le Tribunal des conflits de 1873 fit de la théorie du fait de service une nouvelle garantie pour les fonctionnaires, cette théorie n'était d'ailleurs pas neuve. Elle datait de plus de vingt ans (confl. 30 Mai 1850, Manoury). Seulement, tant que la législation de l'an VIII avait été en vigueur, la responsabilité des administrations pour faits de service était demeurée distincte de la responsabilité personnelle des agents. Actuellement, au contraire, c'est en elle que revit, pour ainsi dire, la garantie de l'ancienne législation. (V. Confl. 1er Févr. 1873. Blanco).

(1) Cette distinction repose sur la méthode de *l'objectif et du subjectif*. L'Administration peut être considérée *objectivement*, lorsqu'elle exerce des droits, en elle-même et pour elle-même, abstraction faite des sujets humains qui la représentent ou qui en éprouveront le contre-coup. Au contraire, on la considère *subjectivement* quand la situation qu'elle se donne engendre des droits, c'est-à-dire quand, par son fait, il peut naître des droits à indemnité pour des sujets humains. Eh bien, l'excès de pouvoir est un vice objectif de l'acte d'administration; ici l'administration est impersonnelle. Le fait de service, comme la faute détachable, est, au contraire, subjectif. Un droit à réparation peut en découler. V. Hauriou, précis 1901, p. 202, 258 et suiv.

En conséquence, lorsque le Tribunal des conflits, saisi régulièrement par un arrêté préfectoral de conflit, en vertu des lois sur la séparation des pouvoirs de 1790 et de l'an III (garantie réelle), déclarera qu'il n'y a pas lieu d'abandonner aux tribunaux l'acte de l'agent poursuivi, cela signifiera ou bien qu'aucune faute n'a été commise, ou bien qu'il faut voir dans cet acte un fait de service, un accident administratif, (garantie personnelle), non une faute détachable. Dans ce dernier cas, la partie lésée pourra demander une indemnité à l'Administration, mais non pas à l'agent. Les deux responsabilités ne se cumuleront jamais.

La nouvelle jurisprudence édifie donc un système qui s'appuie sur les idées fondamentales suivantes : 1° elle distingue les lois générales de 1790 et de l'an III d'une part (garantie réelle), et la législation de l'an VIII (garantie personnelle) d'autre part ; elle déclare cette dernière seule abolie par le décret de 1870. 2° Cette distinction a pour conséquence d'attribuer à l'autorité administrative la compétence en matière de questions préjudicielles soulevées par l'appréciation du caractère administratif de l'acte incriminé. Si cette autorité déclare l'acte entaché de faute personnelle, la compétence des tribunaux ordinaires reprend ses droits. 3° Enfin, le Tribunal des conflits limite à la notion du fait de service la part d'erreur tolérée par l'Administration à ses agents, et cela rétablit à peu près l'équivalent de l'ancienne garantie personnelle.

Jusqu'à l'époque où nous nous plaçons, rien n'indique que la théorie nouvelle ait soulevé des protes-

tations bien vives dans le monde judiciaire, ou dans les milieux politiques. Le Tribunal des conflits a triomphé du décret-loi de 1870 pour maintenir intact le principe de séparation des pouvoirs ; et l'on ne prévoit pas encore contre cette interprétation le réveil du vieil esprit libéral, ni le rappel des discussions anciennes. Mais une série d'événements va se produire et compromettre le système qui déjà semblait définitif.

CHAPITRE III

De 1877 à nos Jours

Mouvement de réaction politique. Ministère du 16 Mai 1876, Dissolution de la Chambre des Députés. Article injurieux inséré dans le *Bulletin des Communes*, contre un certain nombre de députés hostiles au Ministère. L'affaire est portée devant les tribunaux par les députés visés dans cet article, puis, par la voie du conflit, devant le Tribunal des conflits. Décision rendue par cette juridiction le 29 Décembre 1877 : elle refuse aux tribunaux ordinaires la compétence, même en matière de faute personnelle. — Protestations qu'elle soulève. Dans le monde politique le mécontentement se traduit par un réveil du vieil esprit libéral, ennemi de toute protection du fonctionnaire par l'administration : à la Chambre des Députés nouvellement élue, propositions de loi déposées par MM. Versigny et Saint-Martin ; proposition de MM. Bozérian et Hérold au Sénat. Leur prise en considération. — Changement durable dans la politique générale ; les passions s'apaisent. Les propositions ne sont pas érigées en lois. — En 1889, reprise de l'une d'elles, mais sans aucun succès, par M. Cunéo d'Ornano. — On revient à la théorie de 1873.

Les évènements se précipitaient. Après le vote de la Constitution qui nous régit, une Chambre avait été élue, acquise en majorité aux idées libérales. Malgré le calme qui régnait, l'interprétation nouvelle du décret de la Défense Nationale pouvait sembler à

beaucoup de ses membres une sorte de faillite mal déguisée. Le moindre incident pouvait ranimer les ardeurs mal éteintes, provoquer, comme au milieu du siècle, des protestations violentes et faire naître un certain nombre de projets de loi réformateurs. L'incident se produisit ; des projets s'ensuivirent. L'affaire du *Bulletin des Communes* eut pour conséquence un vif mécontentement et le dépôt des propositions Versigny et Saint-Martin à la Chambre, Bozérian et Hérold au Sénat.

Il faut, pour bien se rendre compte de ce retour du vieil esprit libéral, ne pas perdre de vue les évènements de cette période, et revivre, un moment, l'époque où ils se déroulèrent. Après la distinction, par le Tribunal des conflits du fait personnel au fonctionnaire et de l'acte administratif, en 1873, le pays fut agité par les passions politiques. Les idées républicaines gagnaient chaque jour du terrain ; et, parallèlement à elles, mais en sens contraire, l'esprit conservateur tendait à réagir tous les jours davantage dans les grands corps constitués et surtout au sein du gouvernement. L'antagonisme devait forcément éclater. Certes, à ce moment, dans les Chambres françaises, beaucoup d'hommes appartenant au parti républicain se montraient convaincus de la nécessité de maintenir intact le principe de séparation des pouvoirs, dans lequel ils voyaient la vérité constitutionnelle. Mais, à ce moment aussi l'administration, le clergé, la magistrature elle-même semblaient vouloir abuser des prérogatives spéciales que la jurisprudence ou la loi leur accordaient. Le ministère

du 16 Mai 1876, qui prétendait gouverner contre les volontés de la Chambre, et la dissolution qui suivit le vote de défiance au cabinet, avaient exaspéré les rancunes. Désormais, un état d'esprit était créé au sein du parti qui représentait l'opinion dominante du suffrage universel. Voilà les causes profondes du mécontentement qui caractérisa cette période.

Il suffisait maintenant d'un évènement plus ou moins sensationnel pour que ce mécontentement général se traduisit sous des formes particulières, suivant la catégorie de faits qui s'offrirait à ses critiques. Ce fait-divers fut l'affaire du *Bulletin des Communes*. Le 30 Juin 1876, comme la Chambre venait d'être dissoute, le Maréchal Président de la République passa en revue les troupes de la garnison de Paris. Le 6 Juillet suivant, le *Bulletin des Communes*, publication officielle, rédigée par les soins et sous la surveillance du Ministre de l'Intérieur, en vertu d'un décret du 27 Décembre 1871, et destinée aux communes autres que les chefs-lieux de canton, parut avec un article qui rendait compte de la revue. Mais cet article contenait, en outre, un passage dans lequel les 363 députés qui avaient refusé leur confiance au Ministère étaient comparés aux condamnés de la Commune ; ils avaient, disait le *Bulletin*. « pour programme de désorganiser et de supprimer l'armée », comme ils voulaient « désorganiser et détruire tout le reste, tout ce qui fait notre prospérité et notre grandeur. »

Un certain nombre de membres de la Chambre dissoute, MM. Viette, Bernard Lavergne, Bousquet,

Mallet et Ducamp, intentèrent à MM. Pougin et Dalloz, imprimeurs éditeurs du *Bulletin*, une action en réparations civiles, chacun devant un tribunal différent. Nous nous contenterons de citer la première espèce.

Décision rendue par le Tribunal des conflits le 29 Décembre 1877 (Viette) (1). — M. Viette, se prétendant diffamé par l'article, avait assigné devant le tribunal de Montbéliard, pour s'entendre condamner à 20.000 fr. de dommages-intérêts : 1° MM. Pougin et Dalloz, imprimeurs et éditeurs du *Bulletin des Communes* ; 2° M. Bardy de Fourtou, ministre de l'Intérieur, comme responsable des condamnations qui seraient prononcées contre MM. Pougin et Dalloz. Le préfet du Doubs proposa un déclinatoire d'incompétence. Le tribunal de Montbéliard, en statuant, distingua l'acte administratif, constitué dans l'espèce par la publication du *Bulletin des Communes*, du fait de diffamation imputé aux sieurs Pougin et Dalloz, imprimeurs de la feuille officielle. Cette juridiction fit droit au déclinatoire, en ce qui touchait la demande en réparations civiles intentée contre le ministre de l'Intérieur, mais le rejeta relativement à l'action en diffamation intentée contre les sieurs Pougin et Dalloz. Le préfet du Doubs prit alors un arrêté de conflit. Cet arrêté se fondait sur ce que les sieurs Pougin et Dalloz, en publiant le numéro incriminé du *Bulletin*

(1) D. 78. 3. 20.

des Communes, avaient agi en vertu des ordres de l'administration et n'avaient fait que participer à l'exécution matérielle d'un acte administratif.

La question se présentait donc devant le Tribunal des conflits de la façon suivante : Un acte administratif avait causé un préjudice. Le véritable auteur de l'acte était évidemment le ministre de l'Intérieur, chargé d'après le décret du 27 Décembre 1871 de faire rédiger, imprimer et afficher le *Bulletin des Communes*. Dans l'espèce, l'acte préjudiciable consistait dans la publication du journal.

A ne considérer que l'auteur principal, c'est-à-dire le ministre, il est bien certain que le devoir du Tribunal des conflits était de soustraire son acte à l'examen des tribunaux de droit commun.

Mais la question ne se posait pas ainsi. A côté du ministre, cause première du préjudice, il y avait ses intermédiaires, ses agents d'exécution, les imprimeurs et éditeurs du Bulletin. Sans aucun doute, ces agents n'avaient agi que sur l'ordre du ministre, et publié l'article jugé diffamatoire que conformément à ses instructions. Mais ces agents devaient-ils être assimilés à des fonctionnaires hiérarchiquement soumis au ministre ? De la réponse à cette question dépendait la solution du litige.

Nous ne saurions mieux faire que de rappeler à ce propos les conclusions de M. Charrins, commissaire du gouvernement dans le débat. « L'imprimeur et l'éditeur du *Bulletin des Communes* », disait-il, « ne sont liés à l'administration par aucun lien hiérarchique, ils ont passé avec elle un traité que rien ne les

obligeait à faire, une convention librement consentie et uniquement inspirée par leur intérêt privé. Cette convention laissait intact leur droit de refuser leur concours à l'accomplissement de tout fait, à l'émission de tout article qui, sortant du but même de la publication dont ils s'étaient chargés, constituerait un délit, ou tout au moins un fait dommageable à autrui, et les exposerait à des poursuites personnelles. » D'après l'opinion du commissaire du gouvernement, les imprimeurs-éditeurs du Bulletin n'étaient donc pas fonctionnaires. C'est librement qu'ils s'étaient fait complices du ministre en insérant dans le journal un article dont le but contrastait d'une façon manifeste avec l'esprit de la publication officielle. Le traité conclu par eux avec l'administration ne les liait nullement, à cet égard. L'action intentée contre eux devant la juridiction ordinaire devait donc être déclarée recevable.

Le Tribunal des conflits n'admit pas cette manière de voir. Il décida « que les passages du compte-rendu qui faisaient l'objet de la plainte du sieur Viette ne pouvaient être détachés de la publication officielle avec laquelle ils se confondaient, pour être appréciés et considérés isolément ». Ce considérant, n'a encore à notre avis, rien d'excessif.

Le Tribunal des conflits pouvait admettre raisonnablement et conformément, d'ailleurs, à sa jurisprudence antérieure, l'indivisibilité, *a priori*, de l'acte administratif. La question de savoir si cet acte était entaché d'un vice entraînant faute personnelle, ne devait pas, d'après le principe de la séparation

des pouvoirs, être résolue par les tribunaux ordinaires. Le Tribunal des conflits s'exprimait ensuite en ces termes : « L'illégalité et l'excès de pouvoir reprochés à l'acte du ministre, lors même qu'ils seraient reconnus par l'autorité administrative, seule compétente à cet effet, ne sauraient enlever à la publication de ce compte-rendu le caractère d'un acte de l'administration, et n'auraient pas pour effet nécessaire de le faire dégénérer en un fait personnel, distinct et indépendant de l'acte administratif, et dont il appartiendrait à l'autorité judiciaire de connaître. » Nous retrouvons là une idée depuis quelque temps admise en jurisprudence (affaires Laumonnier-Carriol, de Rosen et About.) Mais voici le passage des considérants qui souleva de nombreuses protestations : « Considérant que l'action à fins civiles intentée devant le tribunal correctionnel de Montbéliard par le sieur Viette contre les sieurs Pougin et Dalloz est exclusivement basée sur la publication du dit compte-rendu ; — *qu'elle est, en réalité, dirigée contre cet acte de l'administration, dans la personne des sieurs Dalloz et Pougin, qu'un traité passé avec le ministre de l'Intérieur a substitués à l'Imprimerie Nationale pour l'exécution de cette publication ;* — que le tribunal de Montbéliard n'a pu retenir la connaissance de cette demande, sans violer les lois ci-dessus visées et le principe de la séparation et de l'indépendance respective des pouvoirs administratif et judiciaire... etc... » En conséquence, l'arrêté de conflit pris par le préfet du Doubs fut confirmé.

Ainsi, la même juridiction qui avait, en 1873,

édifié la théorie attribuant compétence aux tribunaux ordinaires lorsque l'acte administratif dégénérerait en faute personnelle, et depuis l'avait plusieurs fois appliquée, cette même juridiction venait de la méconnaître. Sur quoi le Tribunal des conflits pouvait-il en effet s'appuyer pour soutenir que l'acte diffamatoire imputé aux imprimeurs du *Bulletin des Communes* faisait corps avec l'opération administrative qui consistait dans la publication du journal ? Sur l'existence d'un simple excès de pouvoir ? Evidemment non, si la notion que nous avons admise de ce vice est exacte. Et d'ailleurs le Tribunal des conflits se contentait d'affirmer le caractère administratif de l'acte sans en donner aucune preuve. Sur l'existence d'un fait de service ? Pas davantage. (V. conclusions de M. Laferrière, aff. Laumonnier-Carriol). La publication de l'article constituait donc bien un abus de pouvoir. Peut-être, sous l'empire de l'ancienne jurisprudence, et en admettant en faveur des imprimeurs du *Bulletin* la qualité d'agents du gouvernement, la publication eût-elle été considérée comme fait relatif aux fonctions et, à ce titre, eût-elle bénéficié des dispositions de l'art. 75. Mais avec la législation et la jurisprudence nouvelles — nous entendons celle de 1873 — l'abus de pouvoir ne pouvait être couvert par l'administration. Il le fut cependant. Dans les quatre autres espèces qui lui furent soumises pour des faits analogues, le Tribunal des conflits jugea de façon identique et reproduisit les mêmes motifs.

Une telle interprétation du décret-loi de 1870 et du

principe de séparation des pouvoirs, souleva, dans l'opinion publique et dans le monde parlementaire, de violentes protestations. La nouvelle Chambre avait ramené l'ancienne majorité. Dès 1878, des projets de loi furent élaborés. Nous allons les examiner tour à tour.

Avant d'entreprendre cet examen, nous devons observer qu'ils ont un point commun : ils ne prévoient que l'action civile en dommages intentée par un particulier contre un fonctionnaire, en vertu de l'art. 1382 du code civil. Aucun d'eux n'envisage l'hypothèse d'une poursuite criminelle ou correctionnelle (1) Pourquoi ? Sous la Révolution, nous l'avons vu, un état d'esprit régnait, suivant lequel les fonctionnaires, représentants du nouveau régime, représentaient aussi la liberté ; et l'administration redoutait surtout pour eux une main-mise des tribunaux criminels.

Depuis l'an VIII, le point de vue avait changé sous l'influence des évènements politiques ; la question de savoir si l'art. 75 devait s'appliquer à l'action civile s'était posée devant la Cour suprême, qui, après quelques hésitations, l'avait résolue affirmativement. D'autre part, enfin, les auteurs des divers projets de loi présentés jusqu'en 1870 avaient fait à l'action civile une large place. Mais, après cette date, surtout après la réinstitution du Tribunal des conflits, l'ordonnance du 1er Juin 1828 sur les conflits d'attribu-

[1] Sauf, cependant, le projet Saint-Martin ; ce projet se contente d'ailleurs — nous le verrons — de rappeler le principe posé par l'ordonnance du 1er Juin 1828.

tion avait repris sa force, en matière de poursuites contre les fonctionnaires. Or, l'art. 1er de cette ordonnance déclare que le conflit ne sera jamais élevé entre les tribunaux et l'autorité administrative au criminel. Et son art. 2 restreint la possibilité du conflit en matière correctionnelle aux deux cas suivants : 1° lorsque la répression du délit est attribuée par une disposition législative à l'autorité administrative ; 2° lorsque le jugement à rendre par le tribunal dépendra d'une question préjudicielle dont la connaissance appartiendra à l'autorité administrative, en vertu d'un texte de loi.— Dans ces conditions, la question des poursuites à fins pénales ne pouvait se poser, puisque le texte de 1828 réservait les droits de la société en la matière (1).

Les projets de loi que nous allons étudier présentent encore une analogie digne de remarque (au moins les propositions Saint-Martin et Bozérian), c'est qu'ils attribuent au Conseil d'Etat seul, c'est-à-dire à la *juridiction administrative*, l'appréciation du caractère administratif des actes de fonctionnaires ayant causé un préjudice. Le Tribunal des conflits n'est pas, en effet, une véritable juridiction administrative. Comme sa composition l'indique, son caractère est mixte ; il participe à la fois de l'administration et de

[1] Nous ne pouvons exposer ici les intéressantes controverses provoquées par l'ordonnance de 1828. Il a été décidé, notamment, que l'action civile formée devant les tribunaux criminels échappait à l'interdiction de l'art. 1. [V. Laferrière — Traité de la juridiction administrative, t. 2, p. 622 et suiv.]

la justice. Il joue entre ces deux pouvoirs le rôle d'un arbitre. Et l'on peut soutenir que sa fonction devrait se borner à statuer sur la validité de l'arrêté de conflit pris par le préfet, c'est-à-dire sur la question de savoir si les textes cités dans cet arrêté permettent réellement d'attribuer à l'autorité administrative la connaissance de l'affaire, à l'exclusion de la juridiction civile, ou seulement à charge pour celle-ci de surseoir jusqu'après la décision administrative. Comme la Cour de Cassation dans les conflits de juridiction, il pourrait simplement *dire le droit*, sans connaître du fond des affaires. Le Tribunal des conflits s'est-il renfermé dans les limites assez étroites que la loi semble lui avoir tracées? Non. Dans plusieurs affaires, il a, malgré les sages avis qui lui furent donnés, prétendu connaître du fond, notamment dans la fameuse affaire Pelletier, jugée par lui le 30 Juillet 1873.

A l'époque où parurent les propositions de loi que nous allons étudier, le Tribunal des conflits semblait vouloir s'engager encore plus avant dans cette voie. Il est permis de penser que la désignation du Conseil d'Etat pour apprécier les actes administratifs, dans les propositions Saint-Martin à la Chambre et Bozérian au Sénat, fut particulièrement intentionnelle; et, par elle, ces textes semblent bien tenir pour abusive, non pas seulement la jurisprudence, mais l'institution même du Tribunal des conflits.

Proposition Versigny. — La première proposition fut déposée sur le bureau de la Chambre, en 1878,

par M. Versigny et un certain nombre de ses collègues. (1) Dans son exposé des motifs, le principal auteur des textes se plaignait de ce que l'administration, par l'organe du Tribunal des conflits, fût parvenue à triompher du décret-loi de 1870. Il critiquait surtout la décision *Viette*, relative à l'affaire du *Bulletin des Communes;* elle était, disait-il, « la négation formelle du droit d'un citoyen lésé par l'acte ou le fait d'un fonctionnaire, d'en exiger réparation ». On le voit, la proposition s'inspirait surtout des circonstances particulières de l'époque. Ce qui le prouve encore, c'est que M. Versigny ne visait pas seulement les fonctionnaires administratifs, mais aussi les magistrats et les ministres du culte catholique.

Voici le texte de la proposition :

« Art. 1. — Lorsque, dans les cas prévus par l'art 1382 du Code civil, le préjudice résulte d'un acte administratif, le tribunal examinera s'il y a eu abus de pouvoir ou faute, et, en cas d'affirmative, condamnera le fonctionnaire à le réparer.

« Si toutefois l'autorité administrative revendique la responsabilité de l'acte, la réparation du préjudice pourra être prononcée par le tribunal contre l'Etat.

« Art. 2. — Les articles 510, 511, 512, 513, 514, 515 et 516 du Code de procédure civile, et les articles 6, 7 et 8 de la loi du 18 Germinal an x sont abrogés. »

(1) *Journal Officiel* 1878, Mars-Avril, p. 2215.

L'art. 1er prévoit la responsabilité personnelle du fonctionnaire, celle qu'aux termes de l'art. 1382 du Code civil il encourt lorsque, *par son fait, il cause à autrui un dommage*, résultant d'un acte administratif. Que devra faire, en ce cas, le tribunal de droit commun ? Examiner, dit le texte, s'il y a eu *abus de pouvoir ou faute*, et, en cas d'affirmative, condamner le fonctionnaire à réparer le préjudice. La proposition semble consacrer, dans son art. 1er (al. 1), le principe admis par le décret du 19 Sept. 1870 (arg. des mots : « le tribunal examinera s'il y a eu abus de pouvoir, etc... »); mais elle s'empresse (al. 2) de réserver les droits de l'autorité administrative. La rédaction de l'art. 1er paraît, d'ailleurs, défectueuse ; en admettant, en effet, comme exacte, notre définition de l'abus de pouvoir, on peut se demander pourquoi la proposition Versigny parle d'abus de pouvoir et de faute : ces deux expressions sont synonymes. De plus, le texte ne dit mot de la procédure suivant laquelle l'autorité administrative pourra revendiquer le droit d'examiner l'acte reproché au fonctionnaire, et, s'il y a lieu, la responsabilité qu'il entraînera (art. 1, al. 2). Il est probable, cependant, si l'on tient compte de l'esprit qui a présidé à l'élaboration de la proposition, ainsi que de son exposé des motifs, que l'auteur entendait, par l'alinéa 2 de l'art. 1er, condamner la procédure du conflit.

Enfin, nous citerons simplement l'art. 2 ; il supprimait du Code de procédure civile les obstacles qui s'opposent à la prise à partie des juges par les plaideurs ; ce même article déclarait abrogés les art. 6, 7

et 8 de la loi du 18 Germinal an x, déférant au Conseil d'Etat la connaissance des abus ecclésiastiques.

L'art. 1er du décret du 19 Septembre 1870 demeurait toujours en vigueur.

Le texte que nous venons d'analyser fut pris en considération par la Chambre en 1879. (1)

Proposition Saint-Martin. — Quelques mois plus tard, une autre proposition de loi fut présentée à la même assemblée par M. Saint-Martin, dans un but identique.

Voici celles de ses dispositions qui concernaient les fonctionnaires administratifs :

« Art. 1er. — Les tribunaux judiciaires connaissent et ne peuvent être dessaisis des actions en réparation de dommages causés à un particulier par les actes illégaux ou arbitraires que les fonctionnaires publics de tout ordre ont accomplis dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions.

« Art. 2. — Les fonctionnaires de l'ordre administratif n'encourent aucune responsabilité civile, lorsque l'acte a été accompli par eux dans la limite des attributions dont ils sont investis par la loi et qu'il dérive d'une erreur excusable d'administration.

« Dans le cas où cette question préjudicielle est élevée, les tribunaux doivent surseoir au jugement jusqu'à ce qu'elle ait été résolue par le Conseil d'Etat

[1] *J. Off.*, 1879, Janvier-Février, p. 505.

statuant au contentieux, et fixer un bref délai après lequel il sera passé outre, si le fonctionnaire n'a pas justifié de ses diligences.

« Il n'y a pas lieu à immunité, ni à sursis, quand le dommage a pour cause une infraction à la loi pénale, une usurpation de pouvoir ou toute autre cause de droit commun. (1)

« Art. 3. — ..... »

Comme la proposition Versigny, celle qu'on vient de lire, s'inspirant du décret du 19 Sept. 1870, proclame dans son article 1er la compétence judiciaire, mais la restreint ensuite au profit de l'autorité administrative. L'art. 1er pose un principe applicable aux actions civiles en dommages, intentées aux *fonctionnaires de tout ordre*, pour *actes illégaux ou arbitraires* accomplis par eux dans l'exercice ou à l'occasion de leurs fonctions. « Illégaux et arbitraires » sont des mots vagues. Mais l'art. 2, relatif aux fonctionnaires administratifs, essaie de préciser, en ce qui les concerne, leur acception par trop lâche et flottante. Il exonère ces agents de toute responsabilité au cas où l'acte a été accompli par eux « dans la limite des attributions dont sont investis par la loi, » et où il dérive « d'une erreur excusable d'administration ». Constatons d'abord la rédaction défectueuse de cette dernière disposition ; les mots « illégaux et arbitraitraires » de l'art. 1er semblent s'appliquer aux actes

[1] *J. Off.*, 1879, Juillet-Août, p. 6395.

dont parle l'art. 2, et qu'il déclare excusables au point de vue administratif. C'est au moins étrange. Mais, cette considération mise à part, nous devons reconnaître que l'expression « erreur excusable d'administration », est suffisamment claire. Elle permet à l'autorité administrative de tracer à son gré les limites dans lesquelles devra s'exercer sa tolérance pour les erreurs de ses représentants.

Nous ferons à la proposition Saint-Martin le même reproche qu'à la proposition Versigny, Elle ne dit pas formellement comment la question d'interprétation de l'acte au point de vue administratif sera portée au Conseil d'Etat. Elle est cependant plus explicite ; elle désigne le Conseil d'Etat, au lieu de parler simplement comme l'autre de l'autorité administrative. Enfin le texte parle des diligences du fonctionnaire, (art. 2 al. 2). C'est donc à lui qu'incombera le soin de faire trancher par le Conseil d'Etat la question préjudicielle, évidemment soulevée dans son intérêt. Mais alors on n'usera pas de la procédure du conflit. Ici encore on peut constater la manifestation d'un esprit de méfiance certain contre cette institution et contre le tribunal chargé de trancher les litiges qu'elle soulève.

La proposition Saint-Martin, prise en considération par la Chambre, ne vint pas en discussion. Elle eût, sans doute, été l'objet de nombreux remaniements.

Nous passerons rapidement sur la fin du texte. Il déclare les poursuites à fins pénales non susceptibles d'être suspendues.

L'ordonnance du 1er Juin 1828 avait déjà fait la

même prohibition. C'est là, d'ailleurs, le seul passage des trois propositions que nous examinons où l'auteur semble se préoccuper de ces poursuites.

La proposition Saint-Martin supprime ensuite le recours pour abus en matière ecclésiastique et déclare les actes dommageables commis par les ministres des cultes en général, soit dans leurs fonctions, soit en dehors, justiciables des tribunaux ordinaires.

En ce qui concerne les magistrats et officiers du ministère public, il déclare que l'action des art. 479 et 483 du code d'instruction criminelle pourra être exercée par la partie civile ; puis il restreint l'énumération des magistrats bénéficiaires de l'art. 479, et supprime, entre autres dispositions, les articles du code de procédure civile relatifs aux difficultés pour les justiciables de prendre les juges à partie.

La proposition Saint-Martin reproduisait, en somme, avec plus de développements, mais non pas avec beaucoup plus de précisions, la proposition Versigny.

Proposition Bozérian et Hérold. (1) — Presque en même temps, au Sénat, M. Bozérian s'inspirant des conseils d'un de ses collègues M. Hérold, qui avait, pour une grande part, collaboré à la rédaction du décret-loi du 19 Septembre 1870, présentait une nouvelle proposition.

1) *J. Off.*, 1879, Mai-Juin et p. 9552.

En voici le texte :

« L'art. premier du décret du 19 Septembre 1870 est complété comme il suit :

« Lorsque les tribunaux seront saisis d'actions dirigées contre des fonctionnaires, à raison d'actes illégaux ou arbitraires accomplis par eux dans l'exercice ou à l'occasion de leur fonctions, si le caractère administratif de ces actes est allégué, les parties seront renvoyées à se pourvoir, au préalable, devant le Conseil d'Etat.

« La section du contentieux de ce Conseil appréciera le caractère de ces actes.

« Lorsque ces actes auront été reconnus constituer des actes administratifs, et auront été déclarés illégaux ou arbitraires, l'action reprendra son cours, conformément aux règles du droit commun. »

Comme la proposition Saint-Martin, ce texte parle d'actes *illégaux ou arbitraires* commis par les fonctionnaires dans l'exercice ou à l'occasion de leurs fonctions ; il déclare que les tribunaux ordinaires seront compétents pour connaître des actions intentées à raison de ces actes, à moins que le caractère administratif n'en soit allégué, auquel cas les parties seront renvoyées à se pourvoir devant le Conseil d'Etat. — Voici, d'autre part, un extrait des commentaires du rapporteur de la proposition, M. Cherpin : « Le caractère administratif de l'acte est-il allégué par les parties ou reconnu par le tribunal, il y a lieu à renvoi devant le Conseil d'Etat, qui déclarera si l'acte est administratif ou non, et, dans l'affirmative, s'il est illégal ou arbitraire. Quand le Conseil d'Etat

aura reconnu que l'acte n'a pas un caractére administratif, ou que, étant administratif, il est entaché d'illégalité ou d'arbitraire, les parties retourneront devant la juridiction civile, qui pourra condamner le fonctionnaire à une réparation pécuniaire. »

La rédaction est plus défectueuse encore que celle de la proposition précédente, qui parlait, au moins, d'erreur excusable d'administration. La jurisprudence du Tribunal des conflits et celle du Conseil d'Etat avaient déjà, en 1879, distingué l'acte illégal de l'acte arbitraire. L'acte illégal conservait généralement, nous l'avons vu malgré son vice, le caractère administratif ; mais l'acte arbitraire constituait forcément un abus de pouvoir. La proposition semblait donc vouloir faire de l'illégalité une faute lourde, contrairement à la jurisprudence ; de plus, elle admettait, toujours contrairement à cette jurisprudence, la co-existence possible du caractère administratif de l'acte avec une action civile ordinaire. (arg. al. 4, in fine.)

Quelle était, en somme, la tendance des trois textes que nous venons d'examiner ? Manifestement inspirés par un désir de réaction contre la dernière théorie du Tribunal des conflits, et par celui de remettre en honneur l'esprit du décret de 1870, faisaient-ils œuvre révolutionnaire ? Il serait téméraire de le soutenir. Le principe de séparation des pouvoirs, respecté par eux, restait debout ; et leur système présentait assez de ressemblance avec celui de l'an VIII.

Pas plus que les propositions Versigny et Saint-Martin, le projet Bozérian et Hérold ne fut transformé

en loi. La jurisprudence du Tribunal des conflits dans l'affaire du *Bulletin des Communes*, combattue par l'opinion publique et par des jurisconsultes d'une incontestable autorité, n'eut pas de lendemain. Le mouvement de réaction politique, arrêté brusquement dans sa marche par la chute des hommes du 16 Mai, demeura stérile de conséquences. Le libéralisme du nouveau gouvernement, plus conforme aux vœux des Chambres, s'imposa bientôt à l'administration. Les passions et avec elles les rancunes s'apaisèrent. En 1889, M. Cunéo d'Ornano, reprenant en son nom à la Chambre des Députés la proposition Versigny, se vit refuser la prise en considération. (1) Désormais, la responsabilité des fonctionnaires fut régie par le principe, sagement pratiqué, de la séparation des pouvoirs. (2)

(1) *J. Off.*, Mars-Avril 1889, p. 723.

(2) La jurisprudence, tant administrative que judiciaire, semble absolument résolue à respecter ce principe. — Le 9 Février 1892, le tribunal de Gaillac a rendu un jugement des plus intéressants ; voici l'espèce : le sieur Gorsse ayant demandé au sieur Granier, maire d'une commune du Tarn, un arrêté d'alignement pour construire le long d'une rue de la commune, le maire retarda de plusieurs mois l'octroi de cet arrêté. Le sieur Gorsse intenta alors au sieur Granier une action en dommages-intérêts devant le tribunal de Gaillac, à raison du préjudice à lui causé par le retard.

Préalablement, le Conseil de Préfecture, saisi de la demande, s'était déclaré incompétent ; et un recours pour excès de pouvoir avait été intenté par le demandeur devant le Conseil d'Etat contre l'arrêté du maire, sans plus de succès. — Le Tribunal de Gaillac se déclara incom-

CONCLUSION

Sens général de l'évolution de la garantie : Née de la séparation des pouvoirs, puis séparée d'elle, la garantie se soumet de nouveau à ses lois. — Objections faites, en doctrine, au système adopté par le Tribunal des Conflits dans l'affaire Pelletier. — Ne pourrait-on admettre, comme en matière d'emprise de propriété privée, deux recours parallèles, l'un administratif, l'autre judiciaire ? Dangers d'un pareil système appliqué aux actes des fonctionnaires. — Conclusion générale.

Nous terminons ici notre étude sur la garantie des fonctionnaires depuis 1789.

Quel est le sens de l'évolution dont nous venons de retracer les phases ?

Du commencement de la Révolution jusqu'à l'an

pétent pour connaître de la demande ; attendu, dit-il en substance, que si, en vertu de la jurisprudence du Tribunal des conflits, les tribunaux de droit commun peuvent retenir toute faute personnelle d'un administrateur, détachable de l'acte administratif, la même jurisprudence leur interdit — par application des lois de 1790 et de l'an III — de connaître des actes d'administration. Or, l'arrêté du maire, validé par le Conseil d'Etat, ne présente pas les caractères d'une faute personnelle à son auteur. — Le Tribunal déclina donc la compétence (D. 93. 1. p. 523. Gaillac.) Sur appel, la Cour de Toulouse confirma la décision de première instance. La Cour de Cassation, saisie à son tour, pour violation de la loi des 16-24 Août 1790 et du décret du 16 Fructidor an III, rejeta le pourvoi. (Cass. 9 Mai 1893. D. 93. 1. 524.) Voir aussi deux décisions du Tribunal des conflits, 26 Juin 1897, Daure, et 4 Décembre 1897, Peynaud.

VIII, il existe une garantie générale, conséquence du principe général de séparation des pouvoirs, proclamé par les lois de 1790 et de l'an III ; et, pour soustraire la connaissance d'un litige aux tribunaux judiciaires, l'administration possède une arme, encore bien imparfaite, il est vrai : le conflit. — La garantie des fonctionnaires, organisée par l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII, n'est qu'une application de cette règle. Mais, au lieu de la régir suivant les principes ordinaires de compétence, et par la procédure du conflit, le législateur de l'époque en fit une institution séparée. Nous avons vu que la nécessité, pour les tribunaux ou pour les particuliers, d'obtenir l'autorisation préalable du Conseil d'Etat n'eut jamais le caractère d'un conflit d'attributions ; l'ordonnance du 1er Juin 1828 (art. 3) confirma cette doctrine.

Le système de l'art. 75 nous apparaît donc, jusqu'en 1870, comme une application du principe de séparation des pouvoirs, mais aussi comme un rouage indépendant à côté du mécanisme général, bien que tous deux soient mus par la même force. La garantie des fonctionnaires, née de la séparation des pouvoirs et devenue, en l'an VIII, un organisme autonome, vit, jusqu'en 1870, d'une existence propre.

Puis, le Gouvernement de la Défense Nationale fait, un beau jour, table rase de ce système. Que se passe-t-il donc, en 1873, quand le Tribunal des conflits déclare les lois générales de 1790 et de l'an III non abrogées par le décret du 19 Septembre 1870 ? C'est que la garantie, supprimée par ce texte, renaît de ses cendres ; les particularités qui l'enveloppaient

jusque-là et en faisaient un organisme distinct disparaissent ; et l'institution, engendrée par la séparation des pouvoirs, puis séparée d'elle, rentre de nouveau dans son sein, et se soumet à ses lois.

Telle est, en effet, la dernière grande phase de l'évolution signalée au début de cette étude.

Dans la doctrine, certains auteurs ont contesté la jurisprudence de 1873.

Reprenant l'opinion de la Cour de Cassation dans l'affaire Méyère, ils se refusent à tenir pour bonne l'interprétation du décret de la Défense Nationale par le Tribunal des conflits. — Tout d'abord, disent-ils, sur quoi reposent, en somme, ces règles de compétence considérées comme intangibles, et qu'est-ce que le prétendu principe de séparation des pouvoirs ? La Révolution française réalisa cette séparation à peu près exclusivement au profit du pouvoir administratif. Elle n'a pas voulu tenir la balance égale entre la justice et l'administration, mais au contraire attribuer la prépondérance à cette dernière. Il n'y a pas, à proprement parler, de séparation des pouvoirs. Ce principe bien entendu exigerait que la justice fût séparée de l'administration, c'est vrai, mais à charge de réciprocité complète. Or, tel n'est pas le système français qui admet à côté et en dehors des tribunaux ordinaires destinés à juger les contestations entre simples particuliers, une justice administrative, dans l'intérêt de la seule administration. Notre prétendue séparation des pouvoirs n'est donc, en réalité, qu'un état d'*Indépendance absolue de l'administration vis-à-*

vis de la justice (1). — Ainsi raisonnent les adversaires du système actuel. Nous reconnaissons bien volontiers que, réduite à ces proportions, leur critique est juste. Mais ce n'est encore là qu'un point de départ.

Les mêmes auteurs déclarent que la jurisprudence, d'abord fidèle à la lettre comme à l'esprit du décret de 1870, en a, dans la suite, complètement faussé le sens et trahi les intentions. Ils rappellent le libéralisme de ses rédacteurs, et leur évidente hostilité pour toute juridiction administrative. On leur oppose alors la loi du 24 Mai 1872 : pourquoi cette loi aurait-elle institué un Conseil d'Etat et un Tribunal des conflits, si l'éventualité d'une compétence administrative était devenue impossible ? A quoi les partisans de l'opinion précitée répliquent en soutenant que, même dans ces conditions, le décret de la Défense Nationale aurait dû recevoir une application rigoureuse, un grand nombre de litiges demeurant encore soumis à la compétence administrative en dehors des actes de fonctionnaires. Autrement dit, le décret de 1870 aurait aboli le principe révolutionnaire de séparation des pouvoirs, tout au moins en ce qui concerne les actions en justice motivées par ces actes.

Que doit-on penser d'une semblable doctrine ? Concédons-lui que l'esprit du décret-loi était absolument contraire au principe de séparation des pouvoirs, tel que la Révolution l'avait proclamé.

[1] Jacquelin. Principes dominants du contentieux administratif. — p. 136 et suiv.

Mais, à côté d'intentions plus ou moins évidentes, on doit considérer la lettre du décret. Or, il y avait désaccord entre son esprit et sa lettre, et bien vite cette dernière devait anéantir ce qui avait été son esprit. En l'absence d'une disposition formelle supprimant de notre droit public le principe de séparation des pouvoirs, on devait forcément le considérer comme toujours en vigueur. Sans doute, l'autorisation préalable de l'art. 75 était abolie, mais cela pouvait signifier simplement que les poursuites contre les fonctionnaires retombaient, par là même, dans le domaine général de la séparation des pouvoirs. Or, la doctrine que nous venons d'exposer, conforme d'ailleurs à la première jurisprudence de la Cour de Cassation, viole ouvertement ce principe tel qu'il a été établi par les lois des 16-24 Août 1790 et 16 Fructidor an III, et nous ne pouvons l'adopter.

On s'est demandé, d'autre part, s'il ne conviendrait pas, dans un but de conciliation, d'établir un système de compétences judiciaire et administrative parallèles, qui tout en ne s'excluant pas, seraient indépendantes l'une de l'autre. Une des principales raisons invoquées à l'appui de ce système est qu'il existe depuis l'année 1860 environ, dans l'hypothèse suivante : Lorsqu'il s'agit de tracer les limites des rivages de la mer, les points de repère sont assez éloignés l'un de l'autre, et le décret de délimitation qui intervient fait empiéter quelquefois la ligne de démarcation sur des terrains propriété privée. Il a été admis, en ce cas, que le recours au Conseil d'Etat

contre l'acte d'administration constitué par le décret, n'exclut pas la demande d'indemnité formée devant la juridiction civile. C'est la fameuse théorie dite *des recours parallèles*.

On a donc cherché à étendre ce système aux poursuites des fonctionnaires, et l'on a pu croire un moment que la Cour suprême en favoriserait l'extension (1). Voici l'espèce : Le sieur Valentin, préfet du Rhône, avait fait arrêter et incarcérer le sieur Haas, pendant la guerre franco-allemande, comme entretenant des intelligences avec l'ennemi, puis l'avait fait maintenir en prison, sans le déférer à aucun tribunal civil ou militaire. Le sieur Haas s'était pourvu devant la cour de Lyon, qui, faisant droit à sa demande, avait condamné l'ancien préfet Valentin à 4,000 francs de dommages-intérêts. Valentin avait, à son tour, attaqué cet arrêt par un pourvoi en cassation, fondé, entre autres moyens, sur la violation de la séparation des pouvoirs et notamment des lois des 16-24 Août 1790 et 16 Fructidor an III. — La Cour suprême se borna purement et simplement à écarter le moyen tiré de la violation de la séparation des pouvoirs. L'arrêt de la cour de Lyon n'avait, selon elle, fondé la condamnation de Valentin que sur la détention prolongée qui avait suivi l'arrestation de Haas, et non pas sur l'illégalité de l'ordre d'arrestation, qui n'était, disait-elle, pas en cause. Elle tirait de ce raisonnement la conclusion suivante : « De

[1] Cass. 3 Août 1874. D. 76. 1. 297.

ce qui précède, il résulte qu'il n'a été fait obstacle à aucun acte administratif et que le moyen tiré de la violation du principe de la séparation des pouvoirs publics manque en fait. »

La Cour de Cassation semblait donc vouloir ignorer l'acte administratif pour ne retenir, au contraire, que l'atteinte portée à la liberté individuelle d'un citoyen. Dans la suite des motifs de sa décision, elle considérait le préfet comme ayant agi en qualité d'officier de police judiciaire, soumis, par conséquent, aux règles du Code d'Instruction criminelle pour l'exercice de ses fonctions, et finalement rejetait le pourvoi.

On a pu dégager de l'arrêt précité cette conséquence que la Cour suprême voulait, par lui, engager la jurisprudence dans une voie nouvelle, et assimiler le fait personnel du fonctionnaire à l'emprise. Dans les considérants dont nous venons de donner l'analyse, la Cour de Cassation feint de méconnaître l'existence même de l'acte administratif ; elle ne voit qu'un fait de sa compétence, la violation d'un droit individuel, de même que dans la matière de la délimitation elle ignore l'acte de délimitation et ne voit que le fait de la dépossession définitive. Rien d'étonnant, par suite, à ce qu'on ait regardé comme toujours possible, après le rejet du pourvoi Valentin, un recours au Conseil d'Etat contre l'acte administratif.

Examinons cependant de plus près les considérants de l'arrêt, la notion du fait personnel au fonctionnaire et celle de l'emprise. Il convient d'abord de remarquer que le fonctionnaire, objet de l'action judiciaire dans l'affaire Valentin, fut considéré par la Cour

suprême non pas comme préfet, mais comme officier de police judiciaire. En cette dernière qualité, il relevait de la juridiction ordinaire, d'après les art. 479 et suivants du Code d'Instruction criminelle. Cette distinction permit à la Cour de Cassation de ne plus voir en lui un agent administratif, et lui servit d'argument pour feindre d'ignorer l'existence de l'acte administratif lui-même. La Cour suprême eût-elle jugé de cette façon, si cet argument lui avait fait défaut ? Il serait téméraire de l'affirmer. — Mais poussons les choses au pire ; admettons un moment qu'elle eût persisté dans sa manière de voir. Pouvait-on, même alors, assimiler le fait personnel à l'emprise et asseoir sur cette ressemblance un système de compétences parallèles ? Malgré leur apparente analogie, la différence est profonde qui s'épare l'empiètement du domaine public sur la propriété privée et le préjudice résultant d'une faute de fonctionnaire. L'une et l'autre portent atteinte aux droits privés des citoyens. Mais tandis que l'emprise est un fait évident et palpable, la notion du fait personnel, de l'abus de pouvoir, très compréhensible au point de vue abstrait est fuyante en pratique. L'autorité judiciaire qui accorde au propriétaire dépossédé un indemnité n'a pas besoin, pour cela, de connaître l'acte administratif de délimitation qui y donne lieu. Et l'on comprend aussi que rien ne s'oppose à ce que la juridiction administrative soit, en même temps, saisie d'un recours contre l'acte. Pourquoi ? Parceque l'emprise, fait indéniable, ne pourra jamais être contestée par cette dernière

juridiction, et que sa mission consistera simplement à se prononcer sur la valeur administrative de l'acte. Les deux décisions ne se contrediront pas. Rien de semblable, au contraire, en matière de fait personnel imputable à un fonctionnaire. Au moment où la question se pose devant un tribunal d'apprécier la faute de l'agent, l'acte administratif incriminé présente un caractère d'unité absolue. La faute problématique se confond encore avec lui, parce qu'il n'existe aucun élément qui puisse, *a priori*, la faire apparaître d'une façon non équivoque. La solution de ce problème constitue donc une question préjudicielle. Or, la séparation des pouvoirs exige que cette question préjudicielle soit tranchée par la juridiction administrative ; la juridiction civile ne peut être saisie qu'après elle et par elle (1).

En conséquence, nous repoussons l'application des compétences parallèles à la responsabilité des fonctionnaires, comme nous avons repoussé le système donnant compétence exclusive à l'autorité judiciaire.

Mais nous nous rallions volontiers à la jurisprudence inaugurée en 1873 dans l'affaire Pelletier, et reprise après l'affaire du *Bulletin des Communes*, qui fait tache dans l'uniformité du système.

Qu'est-ce, en effet, que cette jurisprudence ? Un retour à peine dissimulé au système consulaire ? Oui, sans doute, mais à un système de l'an VIII assoupli, modernisé, conciliant à la fois la tradition et les droits

[1] V. Hauriou. Précis. 1901. p. 273.

des citoyens, c'est-à-dire le libéralisme. Avec l'art. 75, la tolérance administrative pour les fautes des fonctionnaires s'exerçait dans les limites du fait relatif aux fonctions. Aujourd'hui, elle s'exerce dans les limites du fait de service, plus larges peut-être que les premières. Mais tandis qu'autrefois l'autorisation préalable du Conseil d'Etat s'imposait de plein droit, c'est maintenant à l'administration qu'incombe l'initiative d'élever le conflit, et souvent l'administration hésite.

La jurisprudence de 1873, a donc, sous une autre forme, et par d'autres moyens, fait triompher un système analogue au précédent, mais singulièrement plus libéral. Cette jurisprudence marque un véritable progrès sur la législation de l'an VIII. Elle est, croyons-nous, la plus saine application faite jusqu'à ce jour des règles de compétence établies par la Révolution Française.

Vu :
Le Président de la Thèse,
HAURIOU.

Vu :
Le Doyen de la Faculté de Droit,
Pour le Doyen empêché,
L'Assesseur,
VIDAL.

Vu et permis d'imprimer :
Toulouse, le 13 Novembre 1901.

Le Recteur,
Président du Conseil de l'Université,
PERROUD.

TABLE DES MATIÈRES

PAGES

Avant-Propos..... 1

PREMIÈRE PARTIE

De 1879 à 1870

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

Considérations générales..... 7

CHAPITRE PREMIER

De 1789 à 1793 et à l'an III

1° **De 1789 à 1793.** — La Constituante s'occupe surtout à bien délimiter la compétence des tribunaux dans les affaires où l'Administration est engagée, et dans l'intérêt à peu près exclusif de cette dernière. — Discussion de la loi du 14 décembre 1789 sur les municipalités. Système proposé par le Comité de Constitution. Sa modification. Importance du nouveau texte. Il parle du délit d'administration. — Décret du 22 Décembre 1789. — Loi des 16-24 Août 1790. Décret du 7 Octobre suivant. Importance de ces textes. Ils proclament la séparation des pouvoirs au profit de l'Administration, et, par voie de conséquence

PAGES

expresse, le principe de garantie des administrateurs. Constitution du 3 Septembre 1791. — Loi du 25 Septembre 1791 ; en même temps que s'affirme le principe de garantie, cette loi édicte des peines contre les crimes des fonctionnaires. — Organisation, parallèlement à la responsabilité des administrateurs, d'une responsabilité des magistrats. Loi du 27 novembre 1790 sur le Tribunal de Cassation : prise à partie. — Constitution du 3 Septembre 1791 [Art. 27, Titre 3] : les actes des juges sont déférés au Tribunal de Cassation; au cas de forfaiture, le Corps législatif prononce l'accusation : c'est une garantie de plus donnée au pouvoir politique.. 19

2° **De 1793 à l'an III.** — Projet de Constitution Girondine. Il reste fidèle aux princpes de la Constituante. Il tente d'organiser pratiquement la garantie des administrateurs. Mais il confond encore l'Administration et la Justice administrative. Il s'occupe aussi de la responsabilité des magistrats. — Création de Censeurs Judiciaires. Le projet Girondin renchérit à ce point de vue sur les lois de la Constituante. — Constitution du 21 Juin 1793. Son imprécision en matière de responsabilité des fonctionnaires. Opinion de Cambacérès..... 20

CHAPITRE II

De l'an III à l'an VIII

Tentatives d'application pratique des idées de la Constituante. Tâtonnements des législateurs. Opinion de Boissy-d'Anglas à la Convention sur la mise en accusation des personnes poursuivies pour « crimes d'Etat » et sur la responsabilité des « premiers fonctionnaires publics ». Exposé à la Convention d'un projet de Siéyès sur le Jury Constitutionnaire; ce jury serait appelé à recevoir les réclamations des citoyens contre les actes des agents du

PAGES

pouvoir en général. Echec du projet. — Constitution du 5 Fructidor an III. Elle confirme les principes de la Constituante. Décret du 16 Fructidor an III. Méfiance persistante envers le pouvoir judiciaire. — Responsabilité des magistrats : Constitution du 5 Fructidor an III ; dispositions de l'art. 264. Commencement de protection du pouvoir judiciaire contre le pouvoir politique. Il semble que le législateur ait déjà un sentiment plus précis du véritable équilibre. — Code des délits et des peines de l'an IV : il limite les cas de forfaiture aux crimes des magistrats 35

CHAPITRE III

Législation du Consulat et de l'Empire

L'article 75 de la Constitution du 22 Frimaire an VIII institue pratiquement un système de garantie pour les fonctionnaires administratifs ; il exige, avant toute poursuite judiciaire, une autorisation donnée par le Conseil d'Etat. Combinaison de l'art. 75 avec les décrets du 3 Nivôse an VIII et du 9 Août 1806 : la suspension des poursuites avant la décision du Conseil d'Etat n'a pas le caractère d'un conflit ; l'art 75 détache donc la garantie de mécanisme général de la séparation des pouvoirs ; il en fait un rouage distinct. — Textes autres que l'art. 75, et relatifs à la responsabilité des fonctionnaires : décrets des 11 Juin et 9 Août 1806 ; le décret du 11 Juin explique l'art 75 ; celui du 9 Août restreint la portée du précédent. — Responsabilité des magistrats ; art. 74 de la Constitution de l'an VIII. Sa brièveté. Discussion au Tribunat, le 26 Nivôse an VIII, d'un projet complémentaire. Son caractère autoritaire. Il violait la Constitution. Opinion de Thiessé. Adoption par le Tribunat. Rejet par le Corps législatif..... 49

PAGES

CHAPITRE IV

Législation du Consulat et de l'Empire

(*Suite*)

Un certain nombre de textes postérieurs à l'an VIII restreignent le rôle dévolu au Conseil d'Etat par l'art. 75, en déléguant le droit d'autoriser les poursuites à certaines autorités administratives supérieures. — Le Sénatus-Consulte de l'an XII déroge à l'art. 75 en déclarant toute une catégorie de hauts fonctionnaires justiciables de la Haute-Cour Impériale. — Dispositions particulières de la loi du 20 Avril 1820 (art. 10 et 18). — Responsabilité des magistrats. Sénatus-Consulte de l'an XII : il déclare justiciables de la Haute-Cour les magistrats de Cassation et d'Appel pour les forfaitures et prises à partie. — Législation des Codes. Code Pénal : forfaiture art. 121, 122, 166 et suivants. Code d'Instruction Criminelle : action publique contre les magistrats art. 479 et suivants. Loi du 20 Avril 1810 art. 10 et 18. Codes d'Instruction Criminelle et de Procédure Civile : actions civiles contre les magistrats ; prise à partie art. 505 et suiv. du c. pr. civile. — Par l'institution des codes, la responsabilité des magistrats perd tout caractère constitutionnel et se fixe dans le droit privé.... 63

CHAPITRE V

De la fin de l'Empire à 1870

La garantie des fonctionnaires, institution libérale dans la pensée des législateurs de la Révolution, est devenue impopulaire. Article 69 de la Charte de 1830. On veut abroger l'art. 75. Projet de loi déposé à la Chambre par M. Devaux le 3 déc. 1832 ; Sa prise en considération. Projet déposé le 12 déc. suivant par M. Barthe, Garde des Sceaux. Caractères communs de ces

PAGES

deux textes ; ils se contentent de supprimer la garantie pour les fonctionnaires inférieurs ; ils la laissent subsister pour toute une catégorie de hauts fonctionnaires. Le projet Barthe est renvoyé à la commission. — Il est repris en 1835 à la Chambre des Députés. La commission l'a rendu méconnaissable ; ses imperfections ; il viole la séparation des pouvoirs ; il multiplie les obstacles pour entraver les poursuites. — Le gouvernement le soutient sans conviction. Amendement présenté par M. Vivien, rétablissant à peu près le système de l'an VIII. Renvoi du projet à la Commission avec l'assentiment du Gouvernement. — Nouvelle rédaction, proposée le 26 Mars 1835 ; analogie avec le syst. de l'an VIII. Vivien satisfait retire son amendement. Vive discussion. Discours de Thiers ; il regrette l'art. 75. Le député Agier reprend l'amendement Vivien. Réponse du Garde des Sceaux Persil : le Conseil d'Etat n'est plus constitutionnellement constitué ; il ne peut rendre de décisions. — Le 1er Avril, rejet du projet gouvernemental ; adoption de l'amendement Vivien. — En 1836, le projet vient devant la Chambre des Pairs. Il n'est pas érigé en loi. — En 1849, avec la République, l'abrogation de l'art 75 revient en discussion : projet Crémieux ; il reprend la distinction faite en 1832 par les projets Devaux et Barthe. Malgré son caractère pratique, il n'est pas érigé en loi. Jusqu'en 1870, l'art 75 reste debout..... 77

PAGES

PREMIÈRE PARTIE

De 1789 à 1870

CHAPITRE PREMIER

Des agents du Gouvernement

Sont d'abord agents du Gouvernement les fonctionnaires prévus par les textes déléguant aux administrations supérieures le pouvoir d'autorisation dévolu au Conseil d'Etat par l'art. 75. Définitions données de l'agent du gouvernement par la Cour de Cassation, en 1807, en 1831, en 1838. Ces définitions sont de plus en plus larges : il faut, suivant la dernière, être dépositaire d'une partie d'autorité du gouvernement, agir en son nom, sous sa direction médiate ou immédiate, et faire partie de la puissance publique. — Applications de cette définition par la Cour de Cassation elle-même. Arrêt du 7 Janvier 1843 (Hourdequin). Arrêt du 7 Mai 1846 (Regnault). — Liste d'après la jurisprudence des agents du gouvernement ; les militaires, les professeurs de l'Etat en sont exclus 107

CHAPITRE II

Du fait relatif aux fonctions

Première interprétation : l'art. 75 s'applique à tout fait commis par un fonctionnaire pendant qu'il se trouvait dans l'exercice de ses fonctions. Arrêts de Cassation du 3 Nivôse an XI et du 4 Octobre 1823. Cette définition est abusive. — Deuxième interprétation : l'art. 75 s'applique à tout fait de fonctionnaire occasionné par l'exercice de ses fonctions, bien que ce fait soit de ceux qu'un parti-

PAGES

culier peut commettre. Arrêts de Cassation du 14 Nivôse an XI, du 3 Novembre 1808, du 24 Décembre 1824, du 2 Août 1836 ; arrêt du Conseil d'Etat du 11 Décembre 1814. Cette définition constitue un progrès sur la première. — Troisième interprétation : l'art. 75 s'applique à l'acte délictueux ou criminel commis soit par abus, soit seulement à l'occasion de la fonction, mais avec l'intention chez l'agent de remplir sa fonction et de satisfaire aux devoirs qu'elle impose. Arrêts de Cassation du 7 Mai 1846 [Regnault], du 30 Juillet 1861, du 31 Mars 1864 [Chéronnet], de la Cour de Metz du 20 Août 1855. — Opinion de M. Faustin Hélie..... 123

CHAPITRE III

L'article 75 est-il applicable aux poursuites civiles ? — A quel moment l'autorisation doit-elle être demandée ?

Il semble bien que l'esprit de la législation révolutionnaire et les termes de l'art. 75 lui-même soient défavorables aux seules poursuites criminelles. A partir de 1830, époque où l'impopularité de la garantie s'accentue, certaines juridictions refusent à l'art. 75 le pouvoir d'entraver les poursuites civiles : arrêt de la Cour de Pau (14 Juillet 1831). Mais les décisions contraires sont plus nombreuses. Arrêts de Cassation en ce dernier sens. — En ce qui concerne le moment où l'autorisation préalable doit être demandée au Conseil d'Etat, la jurisprudence s'en tient au décret du 9 Août 1806 (art. 3). Arrêt de Cassation du 24 Juin 1819. — L'information préliminaire close, il y avait deux façons de saisir le Conseil d'Etat, suivant qu'il s'agissait de l'action publique ou de l'action civile..... 143

PAGES

APPENDICE

Les juridictions civiles ont déterminé les cas d'application de l'art. 75. Cela n'est-il pas surprenant, et que restait-il à la compétence du Conseil d'Etat ? Ce problème fut résolu en 1823 par la Cour de Cassation (5 Août 1823), dans un sens favorable à la compétence administrative. Cette jurisprudence n'eut pas de suites. Arrêts du Conseil d'Etat favorables à la compétence judiciaire. L'ordonnance du 1er Juin 1828, relative aux conflits, confirma cette doctrine..... 151

DEUXIÈME PARTIE

De 1870 à nos jours

CHAPITRE PREMIER

De 1870 à 1873

Première Période

Le décret-loi du 19 Septembre 1870. — Son texte. Il abroge l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII. — Sont prévues par lui les poursuites contre les seuls fonctionnaires administratifs. — Adoption de l'article 1er du décret par l'Assemblée Nationale. Rapport de M. Taillefert. — Lois *spéciales* que le décret déclare également abrogées. Unanimité des jurisconsultes à cet égard. Les avis sont, au contraire, très partagés, en ce qui concerne les lois *générales*. Toute la controverse va s'exercer sur ce point. — Position de la question : ces lois générales sont-elles celles de 1790 et de l'an III ? — Loi du 24 Mai 1872 réorganisant le Conseil d'État et instituant un Tribunal des conflits. Elle ouvre à l'interprétation du décret une voie nouvelle, celle du conflit. — La jurisprudence de la Cour de Cassation se refuse à la suivre d'abord. Affaires Meyère et Engelhard (Juin 1872 - Janvier 1873)..... 159

PAGES

CHAPITRE II

De 1873 à 1877

Décision rendue par le Tribunal des Conflits, le 30 Juillet 1873, dans l'affaire *Pelletier*. Cette décision engage la jurisprudence dans la voie ouverte par la loi du 24 Mai 1872 : le décret du 19 Septembre 1870 ne saurait avoir abrogé les lois générales de 1790 et de l'an III. — Distinction entre la prohibition générale établie par elles et la prohibition particulière de la Constitution de l'an VIII. Garantie réelle. Garantie personnelle. Cette dernière garantie étant seule abolie, l'autorité administrative conserve le droit d'élever le conflit d'attribution devant les tribunaux ordinaires. Conséquences : distinction entre la faute personnelle et l'acte administratif; les tribunaux ne pourront connaître que de la faute personnelle. — Critérium permettant de distinguer la faute personnelle de l'acte administratif : décision rendue par le tribunal des conflits le 5 Mai 1877 dans l'affaire *Laumonnier-Carriol* ; excès de pouvoir, abus de pouvoir. Système nouveau résultant de la jurisprudence du tribunal des conflits. Distinction entre l'excès de pouvoir et le fait de service, entre le fait de service et la faute personnelle..... 179

CHAPITRE III

De 1877 à nos Jours

Mouvement de réaction politique. Ministère du 16 Mai 1876, Dissolution de la Chambre des Députés. Article injurieux inséré dans le *Bulletin des Communes*, contre un certain nombre de députés hostiles au Ministère. L'affaire est portée devant les tribunaux par les députés visés dans cet article, puis, par la voie du conflit, devant le Tribunal des conflits. Décision rendue par cette juridiction le 29 Décembre 1877 : elle refuse aux tribunaux ordinaires la

PAGES

compétence, même en matière de faute personnelle. — Protestations qu'elle soulève. Dans le monde politique le mécontentement se traduit par un réveil du vieil esprit libéral, ennemi de toute protection du fonctionnaire par l'administration : à la Chambre des Députés nouvellement élue, propositions de loi déposées par MM. Versigny et Saint-Martin ; proposition de MM. Bozérian et Hérold au Sénat. Leur prise en considération. — Changement durable dans la politique générale ; les passions s'apaisent. Les propositions ne sont pas érigées en lois. — En 1889, reprise de l'une d'elles, mais sans aucun succès, par M. Cunéo d'Ornano. — On revient à la théorie de 1873. 199

CONCLUSION

Sens général de l'évolution de la garantie : Née de la séparation des pouvoirs, puis séparée d'elle, la garantie se soumet de nouveau à ses lois. — Objections faites, en doctrine, au système adopté par le Tribunal des Conflits dans l'affaire Pelletier. — Ne pourrait-on admettre, comme en matière d'emprise de propriété privée, deux recours parallèles, l'un administratif, l'autre judiciaire ? Dangers d'un pareil système appliqué aux actes des fonctionnaires. — Conclusion générale..... 219

Carcassonne. — Imprimerie André Gabelle